



Centro Universitário de Brasília UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais - FAJS

FERNANDO HENRIQUE COSTA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UMA ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

Brasília

2012

FERNANDO HENRIQUE COSTA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UMA ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida
Barbosa

Brasília

2012

FERNANDO HENRIQUE COSTA

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS:
UMA ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida
Barbosa

Brasília, 5 de Outubro de 2012

Banca Examinadora:

Prof. Salomão Almeida Barbosa
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

*Aos meus pais e verdadeiros amigos, pelo
apoio, conforto e motivação.*

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus pela oportunidade de viver em plena capacidade física e mental para realizar todas as minhas tarefas, deveres e lazeres em minha vida.

Aos meus pais, familiares, amigos e professores que, por meio de seus conhecimentos, conselhos ou mesmo apenas com incentivo e confiança, contribuíram para a minha educação e formação como homem.

Ao meu Professor Orientador, Salomão Almeida Barbosa, pela atenção prestada.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo examinar os aspectos constitucionais e inovações no campo das licitações trazidas pela Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Para tanto, após a revisitação dos aspectos doutrinários conceituais e principiológicos mais relevantes sobre licitações, tem-se a análise do processo legislativo que culminou com a aprovação do RDC e suas principais alterações. Em seguida, é realizada uma análise de seus principais aspectos constitucionais discutidos pela doutrina e, também, pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas pelos partidos de oposição e pelo Procurador Geral da República.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitação; Processo Legislativo; Regime Diferenciado de Contratação; Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 LICITAÇÕES	11
1.1 OBRIGATORIEDADE, CONCEITO E FUNDAMENTOS	11
1.2 PRINCÍPIOS	14
1.2.1 Legalidade	15
1.2.2 Moralidade e impessoalidade	15
1.2.3 Igualdade	16
1.2.4 Publicidade	16
1.2.5 Proibição administrativa	17
1.2.6 Vinculação ao instrumento convocatório	17
1.2.7 Julgamento Objetivo	17
1.2.9 Ampla defesa	18
1.2.10 Licitação sustentável	18
1.2.11 Princípios correlatos	20
1.3 DISCIPLINA NORMATIVA	21
1.3.1 Disciplina Constitucional	21
1.3.2 Disciplina infraconstitucional	22
1.4 MODALIDADES DE LICITAÇÕES	23
1.4.1 Concorrência	24
1.4.2 Tomada de Preços	24
1.4.3 Convite	25
1.4.4 Concurso	26
1.4.5 Leilão	26
1.4.6 Pregão	27
2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES	28
2.1 HISTÓRICO	28
2.2 TRAMITAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA (MPV) NO CONGRESSO NACIONAL	30
2.3 ADOÇÃO AO RDC E ANÁLISE DE SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES	32
2.3.1 O objeto da Licitação	33
2.3.2 O Procedimento licitatório	40
2.3.3 Procedimentos auxiliares às licitações e outras disposições	43

2.3.4 Quadro comparativo de alterações	44
3 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO RDC	46
3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL	46
3.1.1 O RDC e as normas gerais de Licitações	46
3.1.2 Ausência de pertinência temática: afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação de poderes?	49
3.1.3 Pressupostos de urgência e relevância	54
3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL	57
3.2.1 A afronta constitucional do Artigo 1º e 65º do RDC aos artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal.....	57
3.2.2 A remuneração variável.....	61
3.2.3 O sigilo do orçamento estimado	63
3.2.3.1 Contrariedade à Lei Geral de Licitações	63
3.2.3.2 Da suposta afronta ao princípio constitucional da publicidade	65
3.2.3.3 Orçamento sigiloso: conveniência x eficácia	68
3.2.3.4 Direito Comparado: a publicidade do orçamento.....	69
3.2.4 A contratação integrada.....	71
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

O Regime Diferenciado de Contratações - RDC, instituído por meio da Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, trouxe à seara das licitações uma série de inovações que, apesar de ter vigência temporária relacionada às obras que envolvem a realização dos eventos esportivos apontados na lei, torna-se pertinente a discussão sobre torná-lo definitivo ou utilizá-lo como um ponto de partida para uma sensível, e necessária de acordo com relevante doutrina, alteração na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

A necessidade de prevenir e coibir a demora no início da execução do objeto contratado, os atrasos no cumprimento de prazos e a falta de dinamismo em todo o contexto da contratação, execução e entrega do objeto, características marcantes deste processo no Brasil, surge e motiva o Poder Público a criar o RDC e, assim, diante da responsabilidade assumida de sediar, dentre outras, as mais importantes e tradicionais competições esportivas mundiais, quais sejam, a Copa do Mundo de Futebol e os Jogos Olímpicos, o Governo se viu obrigado a “renovar” seu arcabouço jurídico para aumentar a eficiência das contratações públicas.

Além disso, interessa particularmente para o contexto jurídico, entender o porquê o RDC foi e ainda é alvo de intensas polêmicas que surgiram desde seu tumultuado processo legislativo até o seu conteúdo propriamente dito. São questionados se os artifícios utilizados para sua rápida promulgação, bem como as importantes alterações frente à Lei de Licitações n.º 8.666/93, não afrontariam formal ou materialmente os princípios constitucionais do direito e, igualmente relevante, seria o texto capaz de dar a celeridade e eficiência que lhe justificaram sua instituição?

Antes de iniciar a análise direta do RDC, será necessária, no primeiro capítulo desta monografia, a revisitação dos aspectos doutrinários conceituais e principiológicos mais relevantes do instituto das licitações para embasar uma análise mais rigorosa quando do estudo do Regime Diferenciado de Contratações.

A análise do RDC propriamente dita se inicia no capítulo 2 e visará conciliar a apresentação das principais inovações e a comparação com o regime atual

instituído pela Lei 8.666/93. O contexto de sua aprovação, em sede do poder legislativo, será detalhadamente explicitado de forma a facilitar a compreensão do momento político que inspirou sua instituição, bem como para subsidiar a discussão acerca da constitucionalidade formal do RDC.

No capítulo 3, serão apresentados e discutidos os principais aspectos constitucionais, formais e materiais, levantados pela doutrina e, principalmente, pelas ações de inconstitucionalidades que estão em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Para cada aspecto, serão apresentadas as principais linhas de argumentação favoráveis ou contrárias aos dispositivos e institutos contestados seguidos de uma análise crítica das questões.

Cabe ressaltar que construção da monografia está pautada na linha de pesquisa que se baseará no tripé doutrina, legislação e jurisprudência, buscando solucionar o problema a partir da pesquisa doutrinária. Trata-se, portanto, de pesquisa dogmática-instrumental, cujo alicerce foi a pesquisa documental e bibliográfica, pois, se deu por meio da análise de livros, artigos doutrinários e jornalísticos, legislação pertinente e pareceres técnicos.

Por se tratar de tema recente, a maioria das obras bibliográficas dos mais tradicionais autores do Direito Administrativo ainda não aborda o RDC, ou se o fazem, o fazem de forma tímida ainda, sem adentrar tanto à análise de constitucionalidade pretendida na presente monografia, pois, tal análise vem sendo realizada, neste atual estágio, predominante por autores que optam pela publicação de artigos em meio eletrônico ou em periódicos especializados.

Assim, por ter relevância dentro do estudo do Direito Público como um todo, este trabalhou visou a compreensão das principais alterações na lei de licitações por meio de análise crítica quanto a constitucionalidade do RDC e, também, quanto à possibilidade dessas alterações surtirem na tão desejada, pela Administração Pública, eficiência.

1 LICITAÇÕES

A Administração Pública ao exercer atividade variada e complexa sempre foca o interesse público como sua finalidade precípua e, para satisfazê-lo, necessariamente, necessita de bens e serviços prestados por terceiros, razão pela qual realiza contratações para a execução de obras, prestação de serviços públicos, locação de imóveis e etc., Carvalho Filho, citando Bielsa, afirma que “a causa jurídica, fundada numa causa fática, é sempre elemento essencial dos contratos.”¹

1.1 OBRIGATORIEDADE, CONCEITO E FUNDAMENTOS

Para contratar, a Administração Pública, em estrita observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal², deve adotar um procedimento formal denominado licitação. In verbis:

“Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Essa obrigatoriedade de licitar é reforçada, e de forma ainda mais enfática, no art. 175 da Carta Política que estatui que a licitação é sempre obrigatória nos casos de delegação de serviços públicos mediante concessões e permissões. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³ ressaltam a diferença deste dispositivo para o art. 37 da CF:

“As concessões e permissões de serviços públicos consubstanciam contratos administrativos; a diferença, quanto à obrigatoriedade de licitar, é que o art.37, inciso XXI, aplicável aos contratos em geral, expressamente ressalva a possibilidade de a legislação prever casos de licitação não obrigatória, ao passo que o art. 175, literalmente, determina que as concessões e permissões sempre seja precedidas de licitação.”

¹ BIELSA, Rafael. 1955 apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 217.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Vade Mecum. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 374.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴ define a licitação como:

“O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.”

Explicando cada um dos elementos do conceito:

“Ao falar-se em **procedimento administrativo**, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A expressão ente **público no exercício da função administrativa** justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício da função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação.

Pela licitação, a Administração, **abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, a possibilidade de apresentação de proposta.

Finalmente, a **possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato** encerra o conceito de licitação. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edita; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente. (Grifo do autor).”

Hely Lopes Meirelles⁵ apresenta o conceito de licitação, já destacando importantes princípios, como a prevalência do interesse público, igualdade de oportunidades, eficiência e moralidade:

“Licitação é procedimento administrativo mediante o qual Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e a atua como fator de eficiência e moralidade dos negócios administrativos.”

A licitação, enquanto princípio jurídico, decorre do cânone da isonomia, pois, de acordo com o Celso Antônio Bandeira de Melo, citado por Vladimir da Rocha França:

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.368-369.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

“Os administrados têm direito subjetivo a um tratamento equitativo e igualitário na atividade administrativa, sendo vedado à administração pública instituir onerar, perseguir ou favorecer indevidamente um ou mais pessoas privadas em detrimento de outras na comunidade jurídica.”⁶

Nessa linha definidora de princípios e fundamentos do instituto da licitação, a doutrina destaca dois principais fundamentos assentados pelo legislador: a moralidade administrativa e a igualdade de oportunidades. A primeira dessas, assevera Carvalho Filho⁷, “[...] deve guiar toda a conduta dos administradores, pois, a estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia”.

Trata-se, portanto, de dever imposto ao administrador que, no entanto, não é sinônimo de legalidade, pois, como explica Suzane Sousa Costa⁸:

“[...] percebe-se que a moralidade é muito mais que a legalidade; está além dela, apesar de próximas. Não fosse assim, não teria o legislador o cuidado de tratá-las, separadamente, como se destaca no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.”

Já sobre o fundamento da igualdade de oportunidades foi oriundo da necessidade de proporcionar idênticas condições a todos que demonstrarem interesse em contratar com a Administração. Nas palavras de Carvalho Filho⁹:

“A se permitir a livre escolha de determinados fornecedores pelo administrador, estariam alijados todos os demais, o que seria de se lamentar tendo em vista que, em numerosas ocasiões, poderiam eles apresentar à administração melhores condições de contratação. Cumpre, assim, permitir a competitividade entre os interessados, essencial ao próprio instituto da licitação. Como é evidente, esse fundamento se agrega à noção que envolve os princípios da igualdade e da impessoalidade, de obrigatória observância por todos aqueles que integrem os quadros da administração.”

Sobre a igualdade de condições, acrescenta Vladimir da Rocha França:

⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. 1993 apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, p. 4, nov/dez - 2006 / jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 222.

⁸ COSTA, Suzane Sousa. *O princípio da moralidade administrativa*. 2007. 53 f. Monografia (Graduação). Centro Universitário de Brasília, BRASÍLIA, 2007.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos op. cit., p.223.

“Ao aplicarmos essas considerações ao instituto em apreço, tomando-se por base o texto constitucional, observa-se que a administração pública tem o dever jurídico de assegurar a todos os interessados na realização de atos e negócios jurídicos administrativos potencialmente lucrativos, a oportunidade de disputar em igualdade de condições a preferência do Estado, da forma mais vantajosa possível para o interesse público.”¹⁰

Citando Adilson Abreu Dallari, Vladimir da Rocha França¹¹ complementa:

“Ainda que não houvesse menção expressa à licitação no texto constitucional, é obrigatória a existência de um procedimento técnico-jurídico de natureza concorrencial que seja hábil para preservar a isonomia entre os agentes econômicos privados nesses atos jurídicos.”

1.2 PRINCÍPIOS

Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação e, na lista ora proposta, opta-se por discorrer sobre aqueles princípios norteadores expressos no art. 3º da Lei 8.666¹², de 21 de junho de 1993, principalmente à legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa, publicidade, julgamento objetivo e vinculação ao instrumento convocatório. A esta lista, serão acrescidos, por sua relevância, os princípios da adjudicação compulsória, da ampla defesa e da licitação sustentável.

Uma observação preliminar é a exposição do entendimento da licitação como princípio, a que se sujeita a Administração, decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, pois se presta a ser verdadeiro entrave à livre escolha do administrador por um contratante. Isso porque a Administração, necessariamente, quando da escolha do vencedor, deverá apontar aquela proposta que atenda de forma mais satisfatória o interesse público.¹³

¹⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, p. 4, nov/dez - 2006 / jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. 1997 apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, p. 4, nov/dez - 2006 / jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

¹² BRASIL. *Lei de Licitações 8.666 (1993)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.372.

1.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade determina a observação, pelo administrador, das regras estabelecidas em lei para determinado procedimento. É a aplicação do devido processo legal que, de acordo com Carvalho Filho¹⁴:

“[...] exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais”.

Em matéria de licitação, tal princípio é de suma relevância, visto se tratar de procedimento completamente vinculado à lei que disciplina, exatamente, todas as suas fases. A Lei nº 8.666/93, no bojo de seu art. 4º, dispõe que “todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei [...]”.¹⁵

1.2.2 Moralidade e impessoalidade

Os princípios da moralidade e da impessoalidade guardam íntima relação entre si, de acordo com o Carvalho Filho¹⁶, o primeiro “exige que o administrador se pautar por conceitos éticos” e o segundo, “indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento à todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica”.

Ainda sobre a moralidade, Marçal Justen Filho, citado por Carvalho Filho, aduz:¹⁷

“O direito condena condutas dissociadas dos valores jurídicos e morais. Por isso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador conduzir-se de modo ofensivo à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada.”

¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.224.

¹⁵ BRASIL. *Lei de Licitações 8.666 (1993)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p.225.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.225.

1.2.3 Igualdade

O princípio da igualdade remonta à Constituição Federal, especificamente ao seu art. 37, inciso XXI, que determina que se assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes. Ou seja, trata-se de verdadeiro direito fundamental dos interessados em contratar com a administração.

De acordo com Carvalho Filho¹⁸, o corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças fundadas na naturalidade, na sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição de distinção de tratamento, de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária, entre as empresas brasileiras e as estrangeiras (art. 3º, § 1º, I e II, do Estatuto). Da mesma forma, é inconstitucional considerar como fatores de averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação; tais fatores, obviamente, desfavorecem eventuais competidores locais e prejudicam sensivelmente os instalados em localidades diversas.

1.2.4 Publicidade

O princípio da publicidade orienta que a licitação deve ser amplamente divulgada, visando facilitar e facultar o conhecimento de todas as suas regras previstas no edital a um maior número de interessados. Há casos em que a própria lei de licitações prevê situações em que a publicidade deve ser aplicada: o art. 21, por exemplo, aponta a exigência de publicação dos avisos contendo o resumo dos editais na imprensa e o art. 39 prevê a realização de audiência pública nos casos de licitações que envolvam valores vultosos.

Analisando a intensidade deste princípio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diferencia sua aplicação nas modalidades concorrência e convite¹⁹:

“A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na concorrência, em que o interesse da Administração é o de atrair o maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no convite, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.”

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.225-226.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.380.

1.2.5 Probidade administrativa

Tal princípio foca na atuação do administrador e em sua atuação que deve ser honesta para com os licitantes e, primordialmente, para com a Administração, pois, a atividade gerida por ele deve sempre ser de interesse administrativo. Nas palavras de Raul Armando Mendes²⁰, citado por Carvalho Filho, “o exercício honrado, honesto, probo, da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes”.

1.2.6 Vinculação ao instrumento convocatório

Além de mencionada no art. 3º da Lei 8.666/93, seu conceito é aprofundado no art. 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o art. 43, inciso V, ainda exige que “julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital”²¹. O princípio orienta, conforme visto nos artigos citados, tanto à Administração, como os próprios licitantes, impossibilitados de se esquivarem de atender os requisitos daquele que foi o instrumento convocatório (edital ou carta-convite).²²

1.2.7 Julgamento Objetivo

Decorrente do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o Julgamento Objetivo consiste na regra pela qual os critérios e fatores de seleção constantes no edital deverão ser obrigatoriamente considerados para o julgamento, evitando-se assim, qualquer surpresa para os participantes da competição²³. Está consagrado, de modo expresse, no art. 45 da Lei 8.666/93:

“O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele aferidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”

1.2.8 Adjudicação compulsória

²⁰ MENDES, Raul Armando apud CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 226.

²¹ BRASIL. *Lei de Licitações 8.666 (1993)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 381.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.227.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, citado por Di Pietro, após a conclusão do certame licitatório, a Administração não pode atribuir o objeto da licitação a outro participante que não seja o vencedor. Em suas palavras²⁴:

“A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.”

É importante ressaltar que a expressão adjudicação é equívoca, porque dela podemos inferir que, uma vez findo o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar, o que não ocorre, pois a revogação de forma motivada é possível em qualquer fase do certame.²⁵

1.2.9 Ampla defesa

O conhecido princípio constitucional da ampla defesa, pouco estudado na matéria de licitação, é destacado pela autora Di Pietro em face de sua relevância e sua previsão normativa (art. 5º, inciso IX e art. 87 da Lei 8.666/93) e jurisprudencial (cite-se o acórdão do STF, publicado na RTJ 105/162 e do Tribunal Federal de Recursos, publicado na RDA 166/117).²⁶

1.2.10 Licitação sustentável

O princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente.

Os artigos 170, inciso IV, e 225, incisos IV e V, da Constituição Federal embasam a ideia de preservação do meio ambiente e dão o fundamento constitucional para as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes em que se combinam os objetivos tradicionais da licitação (de buscar a melhor proposta para a Administração e garantir a isonomia aos licitantes) com o de desenvolvimento sustentável, que procura preservar o meio ambiente, em harmonia com fatores sociais e econômicos. In verbis:

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.382.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 382.

²⁶ Ibidem. P. 383

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;”

A Lei nº 8.666/93, que já previa, desde a redação original, o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços (art. 12, VII), teve seu art. 3º alterado pela Lei nº 12.349, de 21/12/2010, para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa nº01, de 19/01/2010, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”.²⁷

A Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)²⁸, objeto de estudo da presente monografia, para a construção de estádios e aeroportos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e

²⁷ BRASIL. *Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010: critérios para compras sustentáveis na Administração Pública Federal (MPOG)*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-01-10.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

²⁸ BRASIL. *Lei Nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011

Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, insere entre os princípios da licitação o do desenvolvimento sustentável.²⁹

1.2.11 Princípios correlatos

Além dos princípios básicos dispostos na própria Lei de Licitações, foram previstos outros que, de uma forma ou de outra guardam conexão com aqueles. Tais princípios são referidos pela própria Lei em seu art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Muitos dos princípios correlatos retratam especificidades dos princípios básicos que são, diga-se de passagem, marcados por sua generalidade. Por isso, o quadro³⁰ a seguir os listam, sem a pretensão de exaurir todos existentes e busca traçar suas principais características, apontar suas correlações em relação os princípios básicos, além de expor os dispositivos legais atinentes:

“Quadro 1: Princípios correlatos

PRINCÍPIO	PRINCÍPIO CORRELATO	FUNDAMENTO	DISPOSITIVOS LEGAIS
Competitividade	Princípio da Igualdade	É vedada à Administração adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.	Art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993.
Indistinação	Princípio da Igualdade	É vedado criar preferências ou indistinações relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes, ressalvadas atualmente algumas exceções (art. 3º, § 1º, I).	Art. 19, inciso III, CF; art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/1993.
Inalterabilidade do edital	Princípio da publicidade e ao da vinculação ao instrumento convocatório	Vincula a Administração às regras que foram por ela própria divulgadas.	Art. 41 da Lei 8.666/1993.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 383-384

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.227-230.

Do Sigilo das propostas	Princípio da probidade administrativa e da igualdade	Em razão desse princípio, que as propostas devem vir lacradas e só devem ser abertas em sessão pública previamente marcada.	Art. 43, § 1º, Lei 8.666/1993
Do formalismo procedimental	Permite a consolidação do princípio da igualdade	Noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação deverão seguir os ditames procedimentais da lei, sendo verificado aos administradores subvertê-los a seu juízo.	-
Da vedação à oferta de vantagens	Princípio do julgamento objetivo	As regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital, não se podendo admitir que, além disso, intervenham fatores outros, como o de algum licitante ofertar vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante.	Art. 44, §2º, Lei 8.666/93
Princípio da obrigatoriedade	-	É obrigatória a realização do certame para compras, obras, serviços, alienações e locações, ressalvados apenas os casos mencionados na lei.	Art. 37, XXI, CF; Art. 2º, Lei 8.666/93

Fonte: Carvalho Filho (2011)”

1.3 DISCIPLINA NORMATIVA

1.3.1 Disciplina Constitucional

A Constituição vigente, diversamente da anterior, silente a respeito do tema, disciplinou de forma expressa a licitação no art. 22, inc. XXVII e, no que concerne a sua competência legislativa, atribui ser matéria de competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Já no art. 37, XXI, estabelece que, fora dos casos expressos em lei, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes” e, desta forma, enuncia-se assim o princípio da obrigatoriedade retromencionado. Assevera Carvalho Filho que, “diante de semelhante princípio, não pode a Administração abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei”;

É importante mencionar que, de forma indireta, os artigos 37, caput, da CF, que averba os princípios da moralidade e da publicidade, e o art. 71, II e VI, que se refere ao controle externo de administradores incumbidos da gestão de dinheiros públicos estão relacionados ao tema. Acerca da disciplina constitucional, conclui que “Acrescente-se, por oportuno, que outros dispositivos constitucionais que preservem a moralidade pública terão sempre pertinência com o tema, haja vista que se trata de princípio fundamental da Administração”.³¹

1.3.2 Disciplina infraconstitucional

É da competência privativa da União legislar acerca das normas gerais de licitação, segundo o art. 22, XXVII, da Constituição Federal. Cabe, entretanto, aos demais entes da Administração Pública, Estados, Municípios e Distrito Federal, legislar sobre normas específicas da licitação.

A lei que regula as licitações, conforme visto, é a Lei 8.666/93 que, além das normas gerais de licitação, também disciplina as normas gerais dos contratos administrativos. O estatuto da Lei 8.666/93 é a fonte primária disciplinadora das licitações, por isso, nele também se estabelecem vedações aos Estados, Municípios e Distrito Federal, como, por exemplo, a proibição para criar novas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, o aumento dos limites de valor para cada modalidade de licitação, e também a redução de prazos de publicidade e de recursos.³²

Além da lei geral explicitada acima, existe a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui e regulamenta uma outra relevante modalidade de licitação: o pregão. A lei que instituiu o pregão, por decorrência lógica, tem caráter especial em relação ao Estatuto das licitações; no entanto, incidem sobre esta nova modalidade, no que couberem, supletivamente, as regras gerais de licitação.

O Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) que, nos artigos 42 a 49, contém normas

³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.227-230.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 219-220.

sobre licitação que os favorecem; a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que no art. 34 determina a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 às Sociedade Cooperativas. Há de se citar também, quanto à concessão e permissão de serviço público e de obra pública, aplica-se, a Lei 8.666/93, parcialmente derogada pela Lei nº 8.987 de 13/02/95. Em relação à parceria público-privada, essas duas leis aplicam-se, parcialmente derogadas pela Lei nº 11.079 de 30/12/2004. E, por fim, no que se refere aos contratos de serviços de publicidade, estão disciplinados pela Lei nº 12.232, de 29/04/2010.³³

E, por fim, em 4 de agosto de 2011, por meio da Lei 12.462/2011, objeto da presente monografia, oriunda da Medida Provisória n.º 527/2011, houve a instituição do Regime Diferenciado para Contratações que objetiva propiciar à Administração Pública maior celeridade na celebração dos contratos necessários à realização dos eventos esportivos, mitigando os riscos de eventuais atrasos que possam comprometer a concretização desses eventos.

1.4 MODALIDADES DE LICITAÇÕES

Atualmente, as leis gerais de licitações estabelecem seis modalidades licitatórias que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, que estão conceituadas no art. 22 da Lei nº 8.666/93 e no art. 1º da Lei 10.520/2002.

Cada uma das modalidades tem uma aplicação específica. De acordo com Fernanda Marinela³⁴, para permitir a escolha da modalidade aplicável a determinado caso concreto, é possível a utilização de dois critérios: o que leva em consideração o valor do contrato e o que considera as especificações de seu objeto, não importando o seu valor. Em suas palavras:

“Tratando-se da análise quanto ao valor, as modalidades licitatórias cabíveis são: concorrência, tomada de preços e convite, sendo que, nessas hipóteses, a escolha não ocorre em razão da qualidade do objeto, exceto no caso da concorrência que, ale da utilização para os contratos de valores altos, é também obrigatória, em algumas hipóteses, em razão do objeto. De outro lado, quando o critério é a natureza do objeto, sendo indiferente o valor, é possível a utilização do concurso, do leilão e do pregão.”

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 371.

³⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 365.

Sobre a expressão “modalidade”, relevante trazer à tona as palavras de Marçal Justen Filho³⁵:

“A expressão ‘modalidade’ é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e aos fins buscados. Na esteira do pensamento de ADISLSON A. DALLARI, as diferenças entre as diversas modalidades de licitação não se resumem a questões acessórias, tais como âmbito de publicação, prazo de divulgação, valor econômico da contratação. As diferenças retratam a necessidade de adequar a disputa ao objeto a ser contratado.”

1.4.1 Concorrência

É a modalidade de licitação destinada aos contratos de valores expressivos, na qual se admite que qualquer interessado, registrado ou não, participe, desde que satisfaça as condições do edital. Como espécie do gênero licitação, sujeita-se a todos os princípios genéricos daquela, mas tem características próprias e distintivas das demais modalidades licitatórias. Seus requisitos peculiares, resalta Meirelles,³⁶ são a “universalidade, a ampla publicidade, a habilitação preliminar, a idoneidade dos concorrentes, o julgamento por Comissão”.

Carvalho Filho³⁷ discorre sobre o maior rigor formal decorrente desse tipo de modalidade com contratos de vultosos valores:

“Exatamente porque os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação. Por isso, dela podem participar quaisquer interessados que demonstrem possuir os requisitos mínimos de qualificação fixados no edital (art. 22, I e § 1º, do Estatuto).“

1.4.2 Tomada de Preços

Esta modalidade é exigida para os contratos de valores médios, que são aqueles que ficam acima do limite do convite e abaixo do limite da concorrência. Portanto, se

³⁵ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed.: Saraiva. São Paulo: 2006.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11 ed., atualizada por Veralice Celidonio Lopes Meirelles, São Paulo, Malheiros, 1999.

³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p.252.

destina às obras e serviços de engenharia com valores compreendidos entre R\$ 150.000,00 (cento em cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e, para outros bens e serviços que não os de engenharia, valores compreendidos entre R\$ 80.000, 00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

De acordo com o art. 22, § 2º da Lei de Licitações, essa modalidade se restringe às pessoas previamente cadastradas, organizadas em função dos ramos de atividade e potencialidades dos eventuais proponentes e aos que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data fixada para abertura das propostas. Nesse caso, para que o licitante demonstre que preenche os requisitos, ele deverá apresentar o pedido de cadastramento (requerimento), com a respectiva documentação.³⁸

1.4.3 Convite

A modalidade convite é adequada para contratos de valores pequenos, que correspondem às obras e serviços de engenharia com valores de zero a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e, para outros bens e serviços, de zero até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Lembra Fernanda Marinela³⁹ que, para os contratos com valores até 10% desses limites, a licitação é dispensável, todavia, se o administrador entender por bem, ele poderá realizá-la, utilizando essa modalidade.

Nesta modalidade, a Administração convoca para ao certame três pessoas cadastradas ou não (ao menos) que operem no ramo pertinente ao objeto, estendendo-se o mesmo convite aos demais cadastrados, caso manifestem interesse em até 24 horas de antecedência à data designada para a entrega dos envelopes (art. 22, § 3º Lei 8.666/93). Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁰:

“Mesmo os não cadastrados, simetricamente ao disposto em relação à tomada de preços, terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requererem o cadastramento no prazo estabelecido em relação àquela modalidade licitatória (três dias do recebimento dos envelopes).”

³⁸ BRASIL. *Lei de Licitações 8.666 (1993)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011, p. 371.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio apud MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 371.

1.4.4 Concurso

A modalidade concurso consiste em uma disputa entre quaisquer interessados que possuam a qualificação exigida para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, com a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. Acrescenta Marinela que, essa modalidade também será utilizada preferencialmente para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, elencados no art. 13 da Lei 8.666/93, ressalvadas as hipóteses em que já inexigibilidade de licitação.⁴¹

O concurso é considerado modalidade de licitação de natureza especial, pois se rege, é certo, pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os licitantes, no intuito de se eleger a escolha do melhor trabalho, entretanto, dispensa as formalidades específicas da concorrência. Nela, aplica-se o princípio da publicidade, devendo ser anunciada por meio de edital, com ampla divulgação pela imprensa oficial e particular, com antecedência mínima de 45 dias.⁴²

1.4.5 Leilão

É a modalidade utilizável para a venda de bens moveis inservíveis para a Administração, produtos legalmente apreendidos ou empenhados e, também, para os bens móveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou de dação em pagamentos conforme previsão do art. 22, §5º, Lei 8.666/93.

Há dois tipos de leilão, nas lições de Meirelles⁴³:

“O comum, privativo de leiloeiro oficial, onde houver, e o administrativo propriamente dito. O leilão comum é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições específicas poderão ser estabelecidas pela Administração interessada, observado os princípios básicos da licitação; o leilão administrativo, feito por servidor público, que antes só era admitido para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários, nas repartições públicas em geral, pode, agora ser utilizado em qualquer caso.”

⁴¹ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 373.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 91.

⁴³ *Ibidem*, p. 90-91.

1.4.6 Pregão

O pregão é regulado pela Lei 10.520/2002, e consiste na modalidade de licitação por meio da qual se busca a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns. É importante frisar que as disposições da Lei 8.666/93 aplicam-se, subsidiariamente, à modalidade pregão, por constituírem regra geral de licitação e contratos administrativos. Como bem define Pestana⁴⁴: “consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

O pregão pode ser realizado através da utilização de recursos eletrônicos de comunicação, fazendo com que o procedimento se torne mais prático e acessível. Haja vista, como características principais da modalidade estão a celeridade e a simplicidade⁴⁵.

⁴⁴ PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 280.

⁴⁵ *Ibidem*.

2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

2.1 HISTÓRICO

Conforme já exposto no presente estudo acerca da disciplina normativa da matéria de licitações, a lei geral de licitações e contratos administrativos, que é uma lei de normas gerais, aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é a Lei 8.666/93.

Porém, não é somente nesta lei que estão todos os tipos de regras empregadas em todo tipo de licitação. Existem outras como, por exemplo, a Lei 10.520/02 que dita o conteúdo do pregão. E mais, nem tudo o que está no texto é aplicável à União, Estados, DF e Municípios. Alguns dispositivos da Lei 8.666/93 são regras exclusivas da União, como a alienação de bens, por exemplo.

Desde maio de 2010, o Poder Executivo vem tentando aprovar um regime jurídico especial para os processos licitatórios e contratações que necessitem ser realizados em razão da Copa do Mundo de Futebol a ser realizada em 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, que serão realizados em 2016.

Neste período, o Poder Executivo tentou a aprovação das Medidas Provisórias 489, 503, 510 e 521, sem sucesso. Após quatro tentativas frustradas, houve intensificação dos esforços pelo governo na negociação com a oposição e foi aprovada a MP 527, de 18 de março de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.⁴⁶

Ivan Barbosa Rigolin⁴⁷ comenta sobre o acalorado clima de debates e interesses políticos divergentes que pairavam à época da sanção da Lei:

“Após tormentosa e tumultuada tramitação – ao som de ranger de dentes e sob severo entrelaçamento de ódios variados – foi enfim sancionada a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011, que, dentre diversas outras providências para o âmbito exclusivo de serviço público federal, instituiu o RDC –

⁴⁶ AQUINO FERNANDES, André Bittencourt. *Licitação: Inovações Legislativas para a copa do mundo de futebol de 2014*. 2011. 46f. Monografia (Graduação). Centro Universitário de Brasília, BRASÍLIA, 2011.

⁴⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC. *L&C Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 5, Set. 2011.

Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a esta altura tão aguardado no panorama legislativo.

Esse PLC, por sua vez, foi o resultado de algumas emendas parlamentares ao texto da MP originária, frutos de acalorada discussão, acordos, concessões recíprocas e entendimentos costurados a duras penas pelos partidos governistas e opositores, como sói ocorrer em elaborações legislativas sobre temas polêmicos e momentosos, de que todos anseiam colher dividendos políticos e eleitorais.”

Portanto, em 4 de agosto de 2011, por meio da Lei 12.462, oriunda da Medida Provisória n.º 527/2011, 2011 foi editada pela Presidente da República com o intuito de alterar a Lei n.º 10. 683, e, com isso, “modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios”, além de promover as adaptações daí decorrentes na legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO.

O RDC é uma opção para o gestor, uma vez que a Lei 8.666/93 não está revogada, mantendo-se em vigor naquilo não expressamente alterado pelo novo regimento. A Lei n.º 12.462/2011 permite que seja afastada a “aplicação da Lei Geral de Licitações aos certames necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.”⁴⁸

A justificativa do legislador para o RDC é baseada em uma constatação, bastante aceita pela doutrina, de que a Lei vigente até então tem se mostrado pouco eficaz em diversas áreas e que, para a realização dos maiores eventos esportivos do mundo, se fazia necessária uma nova lei que combatesse os atrasos e protelações, tradicionalíssimos em nosso país⁴⁹. Em seu § 1º do art. 1º, o RDC apresenta seu objetivo que vai ao encontro desse propósito do legislador: “I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes”.

Ivan Barbosa Rigolin⁵⁰, em artigo publicado sobre o RDC, faz coro às críticas à lei 8.666/93, ao comentar o receio do atraso na preparação dos eventos esportivos: “E tal atraso se deve em grande parte à mesma Lei nº 8.666/93, ultraburocrática,

⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 8. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁴⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC. *L&C Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 5, Set. 2011.

⁵⁰ Ibidem.

institucionalmente pré-histórica, atrasadíssima em suas instituições, paralisante da atividade administrativa, lenta como o movimento de rotação da terra”.

Recentemente, a despeito dos resultados positivos da adoção do RDC no caso de licitações realizadas pela Infraero, empresa estatal responsável pela administração de aeroportos no país, a saber, redução significativa do tempo médio de conclusão da licitação (de 240 para 80 dias) e redução, ainda que pequena, de preços, a Ministra do Planejamento, Miriam Belchior, anunciou que vai estender o novo modelo instituído pelo RDC para as obras do PAC (Programa de Aceleração do Crescimento).⁵¹

A intenção da Ministra deverá ser materializada em lei e, para isso, a base Governista na Câmara dos Deputados acrescentou tal conteúdo normativo no bojo do projeto de lei de conversão da Medida Provisória 559/2012⁵², que originalmente tratava apenas da autorização para que a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás assumir o controle acionário da Celg Distribuição S.A – CELG. Em 12 de junho de 2012, o governo conseguiu aprovar na Câmara, com 221 votos a favor e 150 contra o uso do RDC para em obras do PAC. O texto, em seguida, fora encaminhado para o Senado Federal e deve ser apreciado até 02 de julho, quando a medida provisória original perde a validade.⁵³

2.2 TRAMITAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA (MPV) NO CONGRESSO NACIONAL

Como se viu, o nascimento do RDC se deu por Medida Provisória que, de acordo com a previsão constitucional (art. 62, § 9º, CF), deveria ser objeto de parecer emitido por uma comissão mista. Entretanto, como invariavelmente tem ocorrido no processo legislativo das medidas provisórias, tal previsão foi inobservada.

Em 15 de junho de 2011, o relator da MPV na Câmara dos Deputados, Deputado José Guimarães, apresentou parecer de Plenário que concluiu pela apresentação do

⁵¹ CREDENDIO, José Ernesto. Novo regime reduz prazo sem obter desconto maior. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 mai. 2012. Folha Poder, p. A4.

⁵² BRASIL. Medida provisória nº 559, de 2 de março de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS a adquirir participação na Celg Distribuição S.A. - CELG D e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 5 mar. 2012. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=535959>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

⁵³ BRAGA, Isabel. Câmara aprova Regime Diferenciado para obras do PAC. *O Globo*. São Paulo, 12 jun. 2012. Economia. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/economia/camara-aprova-regime-diferenciado-para-obras-do-pac-5185984>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 17, de 2011, que determinava o caráter acessório do texto original e apresentava todo um capítulo destinado à criação do RDC. Renato Rezende comenta sobre o conteúdo “inovador” do Parecer⁵⁴:

“as previsões iniciais da medida provisória passaram a ter caráter acessório, à vista da introdução de todo um capítulo, composto por 47 artigos, destinado a regular o assim denominado Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e aos contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.”

Em 28 de junho de 2011, a referida Medida Provisória foi votada na Câmara dos Deputados e foi aprovada com apenas duas alterações no texto do Projeto de Lei (arts. 9º e 39). Em seu trâmite no Senado Federal, o texto foi apreciado e aprovado integralmente em 6 de junho de 2011.

A preocupação do Governo com o tema é evidenciada pelo fato de já ter tentado, antes da aprovação da MPV, em três ocasiões (e sem sucesso), instituir esse tipo de “norma especial” para as contratações cujos objetos sejam pertinentes à realização dos eventos esportivos mencionados. O quadro a seguir explica o contexto de criação e como foram frustradas as Medidas Provisórias que tentaram instituir o RDC⁵⁵:

“Quadro 2: Tentativas de aprovação do RDC

Tentativa	Ano	MPV	Comentário
1º	2010	489	A Medida provisória continha regras de licitações e contratos aplicáveis às obras e serviços especificamente relacionadas aos eventos esportivos. Acabou perdendo a eficácia diante da perda do prazo constitucional de apreciação pelo Congresso Nacional.
2º	2010-2011	503	No bojo de seu texto, foram apresentadas emendas resgatando o conteúdo da MPV anterior. As emendas foram rejeitadas e, por isso, não figuraram na Lei nº 12.396, de 21 de março de 2011, na qual se converteu a MPV.

⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p.7-8. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁵⁵ Ibidem.

3º	2010-2011	521	<p>A Relatora da matéria em Plenário, Deputada Jandira Feghali, apresentou parecer que concluída pela apresentação do Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 11, de 2011, composto por 53 artigos, sendo que apenas os dois primeiros e os dois últimos conservavam a matéria original da MPV. Os outros 49 artigos regulamentavam o RDC.</p> <p>Após resistências ao RDC e com a proximidade do fim do prazo de sua vigência, foi submetida à votação e aprovada nova versão já sem o conteúdo do RDC.</p> <p>Por fim, a MPV acabou perdendo sua eficácia em 01/06/2011, antes de sua deliberação do Plenário do Senado Federal.</p>
4º	2011	527	<p>O Poder Executivo, enfim, logrou êxito na aprovação do RDC: uma lei composta por 69 artigos e que resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993.</p>

Fonte: BRASIL. Senado Federal (2011).”

2.3 ADOÇÃO AO RDC E ANÁLISE DE SUAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Como já fora explicitado, a adoção pelo RDC é opção do gestor, ou seja, não é obrigatória para a construção dos estádios, aeroportos e obras de infraestrutura. A Administração Pública deverá analisar e optar pelo regime de contratação que lhe parece ser mais conveniente, dentre os da Lei nº 8.666/93 (empregada), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas).⁵⁶

Ivan Barbosa Rigolin ressalta também que o RDC se dispõe de forma paralela ao regime da Lei nº 8.666/93 e, em suas palavras, “de vez em quando e para certos efeitos infelizmente dependendo dessa Lei Geral das Licitações, e no mais inovando institucional e procedimentalmente”. O RDC possui quatro Capítulos, o Capítulo I dispondo sobre o RDC nos arts. 1º a 47, e três outros dispondo, respectivamente, sobre “Outras disposições”, “Disposições finais” e “Das revogações”, ultimando no art.70.⁵⁷

Inicialmente, cumpre destacar que, em atenção ao art. 64, que se transcreve: “O Poder Executivo federal regulamentará o disposto no Capítulo I desta Lei”⁵⁸, em 11 de outubro de 2011, o RDC foi regulamentado pelo Decreto nº 7.581. Portanto, todo o RDC

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 440.

⁵⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 5, Set. 2011.

⁵⁸ BRASIL. *Lei Nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011

aguardava tal regulamento, sem o qual a eficácia da lei ficaria contida à sua espera. Segundo Ivan Barbosa Rigolin “diante a generalidade e a abrangência dos dispositivos da nova Lei, que, como se passa a sumariar, seria imensamente temerário implementar e executar desde logo no âmbito dos órgãos públicos atingidos.”⁵⁹

2.3.1 O objeto da Licitação

O Art. 1º da Lei no 12.462/2011 institui o RDC, que declara “aplicável exclusivamente às licitações e contratações necessários à realização”:

“I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 no Brasil;
II – da Copa do Mundo de 2014 e da Copa das Federações de 2013, ambas também no Brasil;
III – de obras de infraestrutura e serviços para os aeroportos das capitais estaduais distantes até 350 km das cidades-sede dos campeonatos referidos acima.”

Seu propósito, pelo § 1º do art. 1º, é:

“I – ampliar a eficiência das contratações e a competitividade entre os licitantes;
II – incrementar a troca de experiências e tecnologias;
III – incentivar a inovação tecnológica;
IV – assegurar maior isonomia entre os licitantes.”

Portanto, o art. 1ª consagra o RDC como uma possível opção à tradição procedimental da Lei nº 8.666/93, e não um dever para o Poder Público. O objetivo declarado, conforme depreende-se do citado § 1º é de promover mais eficácia e eficiência às licitações e contratações pretendidas.

Quanto às obras e serviços, o Regime terá finalidade pontual e temporária, pois visa tão somente os campeonatos esportivos na lei referenciados e, assim, a conclusão das mesmas extinguiria o “*ipso facto*” do regime excepcional. É importante destacar que, conforme, inciso III do art. 1º do RDC, este poderá ser utilizado em contratações de obras e

⁵⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 6, Set. 2011.

serviços para os aeroportos referidos por tempo indeterminado. Acrescenta-se, ainda, a relatada tendência do Governo em se utilizar o RDC para as obras do PAC.⁶⁰

O § 2º do artigo citado, impõe que a adoção do RDC “resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993”. Renato Rezende critica veementemente a disposição deste parágrafo, considerando-a verdadeira teratologia jurídica.⁶¹

Isso porque não pode a Lei nº 12.462/2011 ser capaz de afastar aquelas que são normas gerais da licitação. Citando a definição de Carvalho Pinto⁶², Renato Rezende conceitua normas gerais:

- “a) não são normas gerais as que objetivem especialmente uma ou algumas dentre as várias pessoas congêneres de direito público, participantes de determinadas relações jurídicas;
- b) não são normas gerais as que visem, particularizadamente, determinadas situações ou institutos jurídicos, com exclusão de outros, da mesma condição ou espécie;
- c) não são normas gerais as que se afastem dos aspectos fundamentais ou básicos, descendo a pormenores ou detalhes.”

Diante dessas definições, de acordo com o autor, se as normas impostas a apenas à algumas “pessoas de direito público” não se constituem normas gerais, a Lei nº 12.462/2011 não pode ser vista como tal. Em suas palavras⁶³:

“Isso porque ela estabelece disciplina diferenciada para os certames e contratos necessários à realização dos mencionados eventos desportivos (perspectivas objetiva e temporal). Não fixa normas que regulariam as licitações e contratos dos entes federados em geral, mas apenas daqueles onde serão realizados os eventos e construída a infraestrutura necessária à sua realização (perspectivas subjetiva e espacial).”

⁶⁰ CREDENDIO, José Ernesto. Novo regime reduz prazo sem obter desconto maior. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 mai. 2012. Folha Poder, p. A4.

⁶¹ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 12-13. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁶² CARVALHO PINTO apud BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 12-13. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁶³ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 13. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

O art. 2º da Lei (incisos I a VI) apresenta definições atinentes à “empreitada integral, empreitada por preço global, por preço unitário, projeto básico etc.”, as quais podem ser consideradas reproduções do que já há disposto no art. 6º da Lei nº 8.666/93.⁶⁴

De acordo com Rigolin⁶⁵, as definições apresentadas pelo art. 2º sequer justificam a sua existência em face da pouca inovação do Direito. Já em análise dos incisos do parágrafo único, o autor mantém a opinião sobre a desnecessidade dos mesmos, excetuando à determinação de que o orçamento componha o projeto básico (inciso VI), pois, em suas palavras: “Essa medida já é habitualmente praticada na engenharia, pois que dificilmente se imagina um projeto satisfatório que não indique, desde logo e de imediato, os preços de seus componentes.”

O art. 3º, apesar de reproduzir em grande parte a relação dos princípios do art. 3º da Lei 8.666/1993, acrescenta que as contratações realizadas no âmbito do RDC devem observar, além daqueles, os princípios da eficiência, da economicidade e o do desenvolvimento nacional sustentável.⁶⁶

Já o art. 4º, que encerra a Seção I, dispõe sobre as diretrizes das licitações e contratos, dentre elas a “padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, o parcelamento e a padronização dos objetos das contratações, a busca da maior vantagem para a Administração etc.”.

Apesar de questionar se há tempo hábil para padronizar os “projetos de estádios, obras de infraestrutura e serviços para os campeonatos a que se refere a Lei”, Rigolin reconhece as evidentes vantagens que a padronização proposta apresenta, dentre elas a possibilidade de racionalizar os procedimentos, reduzir preços e facilitar reposições. Em suas palavras⁶⁷:

⁶⁴ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 23. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁶⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 6, Set. 2011.

⁶⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54. Agosto de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/ie54/IE54-Cesar.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

⁶⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 7, Set. 2011.

“Padrões de projetos básicos, e com isso de editais no que for possível, tendem a reduzir custos e dissipar “mistérios” nas obras e nos serviços, como a tornar transparentes os próprios procedimentos em seu todo, o que só merece elogios. Evitam-se especificações retiradas de cartola de mágico, assim como dirigismos voluntários ou involuntários do certame, e se previnem vícios os mais variados.”

O inciso V e VI contém a regra de utilização das planilhas de custos que constam nas propostas dos licitantes e recomendação de parcelamento dos objetos, com vistas a potencializar a competição e contradizer o “mito” de que parcelamentos seriam proibidos ou perniciosos.⁶⁸

“V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação
VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.”

Há diversas determinações no § 1º relativas ao respeito a critérios de sustentabilidade (incisos I, II e III), inclusive quanto à vizinhança (inciso IV) e ao patrimônio cultural (inciso V). Verifica-se também exigência sobre acessibilidade (inciso VI). São, na verdade, importantes fundamentos para toda e qualquer licitação, e não apenas para o regime de aplicação do RDC.⁶⁹

E o § 2º cuida para que a Administração Pública responsável pela licitação, “por meio de medidas determinadas”, compense “o impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados”. Tal preocupação, elogia Rigolin, “é preocupação que somente merece encômios – augurando-se apenas que venha a funcionar”.⁷⁰

O art. 5º dispõe que “o objeto dos certames seja definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, sendo proibidas as especificações excessivas,

⁶⁸ Ibidem, p. 8.

⁶⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54. Agosto de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/ie54/IE54-Cesar.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

⁷⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 8, Set. 2011.

irrelevantes e desnecessárias”. Tal disposição encontra compatibilidade com a Lei 8.666/93 (arts. 14, 38 e 40, I).⁷¹

O art. 6º, cuja análise de seus aspectos constitucionais será realizada no Capítulo 3 da presente Monografia, permite que orçamento estimado do valor da contratação seja conhecido pelos licitantes apenas após o fim do certame, sendo que o sigilo não se aplicaria aos órgãos de controle interno e externo. Este ponto é bastante controvertido, a ponto de ensejar questões acerca de sua constitucionalidade conforme será analisado, entra em conflito com os arts. 3º, § 3º, 40, § 2º, II, 44, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. Este sigilo evidentemente não se aplica no caso da licitação do tipo “maior desconto”, conforme o § 1º.⁷²

A ideia não é simpática. De acordo com Rigolin, “Lembra os tempos da ditadura, não parece ser técnica e, em princípio, faz retroceder a institucionalização das licitações no país. Nenhuma justificativa desse segredo convence, e não se vislumbra porque a Lei o impõe.”⁷³

Ao dispor sobre as licitações de compras, o art. 7º autoriza a indicação de “marca ou modelo” nos instrumentos convocatórios, desde que motivada e no melhor para o interesse da Administração. De acordo com o texto legal, isso se dará quando:

- “a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou
- c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”.”

Inovando em legislação licitatória, o inciso II do art. 7º menciona a possibilidade da administração exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação. Rigolin critica a restrição aduzindo que “[...] é, no fundo, bom, porém, parece restringir a possibilidade de o edital, em casos usuais e fora de pré-qualificação, exigir amostras”.

⁷¹ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 23-24. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁷² Ibidem, p. 24.

⁷³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 8, Set. 2011.

Entretanto esta restrição não se mostra clara nem mesmo no RDC e, de acordo com o autor “elas poderão ser exigidas sempre em qualquer licitação pelo RDC, independentemente de qualquer expressa autorização na nova Lei”.⁷⁴

O art. 8º permite a aplicação dos regimes de execução já existentes na Lei nº 8.666/93 e acrescenta o da contratação e integrada, que é definido no art. 9º, § 1º, como compreendendo “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução das obras, a montagem, a realização de testes a pré-operação e todas as operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”⁷⁵.

A contratação integrada se constitui em mais um ponto que enseja discussões e polêmicas. Discute-se se seria legal o RDC criar regimes de execução contratual diferente dos já instituídos pela Lei 8.666/1993 e, também, promover a dispensa da necessidade de apresentar documentos que eram considerados anexos essenciais dos instrumentos convocatórios naquele regime. De acordo com Renato Rezende, tais dispositivos podem ensejar “a situações lesivas ao interesse público, com possibilidade de comprometimento dos princípios do julgamento objetivo e da isonomia”. Justifica o autor⁷⁶:

“Isso porque até mesmo a elaboração do projeto básico das obras é deixada a cargo do licitante vencedor. Assim, o Poder Público realizará certame sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado. A deficiência de parâmetros comparativos prejudica a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público e abre margem ao subjetivismo no julgamento. Ademais, dá-se um poder excessivo ao contratado para definir o que e como será executado.”

Em contraponto as duras críticas do autor Renato Rezende, Eduardo Fiuza afirma que esse regime permite que o licitante ganhador elicite sua maior competência e eficiência, transmitindo-a aos preços praticados, acabando com o “jogo de planilha”. Além disso, revoluciona os padrões brasileiros, pois a legislação atual não autoriza o uso de técnica e preço fora da contratação de projetos de engenharia. Tal vedação, de acordo com o autor, se constituía uma lacuna notável na lei brasileira e, segundo ele, “O melhor de tudo é que, com a

⁷⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 8, Set. 2011.

⁷⁵ BRASIL. *Lei Nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011

⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 26. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

contratação integrada, os aditivos passam a ocorrer apenas em duas situações: por iniciativa do próprio contratante, ou em caso fortuito ou de força maior (Art. 9o, § 4o da Lei no 12.462/2011)”.⁷⁷

O art. 10 da Lei do RDC possibilita a utilização do instituto da remuneração variável:

“Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.”

Renato Rezende critica o disposto no artigo ao observar que a Lei não aponta de forma suficiente e exata como seria tal sistemática, devendo haver a remissão de sua disciplina ao edital e ao contrato⁷⁸. Por sua vez, Rigolin, faz duras críticas ao regime de remuneração variável⁷⁹:

“Ora, tais metas não deveriam ser objetivas e específicas exigências do edital, que a Administração estabelecesse, controlasse e exigisse do contratado? Como pode caber ao contratado executar de modos diversos o projeto, e com isso executá-lo melhor ou pior, assim receber variavelmente conforme o resultado de sua execução? Quem sabe o que se contrata: a Administração, o contratante ou o contratado? Ele escolhe como executar o contrato, recebendo prêmio por melhor execução, e castigo por execução inferior? Pode escolher o grau de sustentabilidade ambiental? A Lei, nesse ponto, parece um pesadelo, tão doentias são tais concepções.”

Contrapondo as críticas de Rigolin, Eduardo Fiuza ressalta a vantagem desse dispositivo, conceituado por ele como “qualidade contratável” que visa incentivar o contratado a ser mais eficiente. Em suas palavras⁸⁰:

“Faltava na legislação brasileira uma provisão para que as empresas contratadas por licitação para obras e serviços tivessem sua remuneração baseada no desempenho. Esta é a chamada qualidade contratável. [...]”

⁷⁷ FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. Brasília (DF): RADAR/IPEA; 2012. N. 19. P. 13. Abril de 2012. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/120522_radar19.pdf>. Acesso em 10 jun. 2012.

⁷⁸ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 26. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁷⁹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 8-9, Set. 2011.

⁸⁰ FIUZA, Eduardo P. S. op. cit., p.19.

Cabe notar que já existe uma literatura pulsante sobre a questão da tempestividade das obras, afinal os aditivos de valor não são o único estorvo para os contribuintes. Quando se fecha uma pista de uma estrada para obras, por exemplo, e os motoristas enfrentam engarrafamentos, há uma perda de bem-estar que pode ser reduzida se a empreiteira do contrato tiver incentivo a ser mais eficiente, seja pagando multas por atraso (D'ALPAOS et al., 2009), seja pagando diretamente pelo “aluguel” da pista (BAJARI e LEWIS, 2011).⁸¹

O art. 11 permite a contratação de mais de uma empresa para executar a mesma obra nas hipóteses em que tal procedimento se mostrar viável, justificável e conveniente. Trata-se, na visão de Renato Rezende, de mais um dispositivo problemático em decorrência ser conflitante com a Lei 8.666/1993, que, embora admita o parcelamento do objeto, considera que cada “parcela” seja atribuída exclusivamente a um licitante, qual seja, aquele que venceu o específico certame (art. 23, §§ 1º e 2º, art. 50).⁸¹

Rigolin, analisando o dispositivo sob o prisma de sua melhor aplicação, sugere ⁸²:

“o conveniente nesse caso é que as partes da obra-objeto sejam suficientemente independentes entre si, de modo que cada qual possa ser executada sem que a outra siga no mesmo passo e empreste conteúdo necessário”.

2.3.2 O Procedimento licitatório

O procedimento para licitar no Regime Diferenciado de Contratações, previsto nos artigos compreendidos entre o 12º e o 28º, apresenta como primeira e notável inovação legislativa a regra que impõe a realização do julgamento das propostas em fase anterior à habilitação. Tal procedimento, denominado “inversão das fases de habilitação e julgamento” é explicitado por Renato Rezende⁸³:

“Quando seu texto fala em inversão de fases, refere-se, na verdade, à adoção de procedimento semelhante ao da Lei nº 8.666, de 1993, com habilitação precedendo o julgamento. Assim, na Lei nº 12.462, de 2011, a sequência

⁸¹ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 27. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁸² RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 9, Set. 2011.

⁸³ BRASIL. Senado Federal. op. cit., p.27.

ordinária de procedimentos adota o julgamento prévio à habilitação, e a inversão de fases se dá quando tal sequência é modificada.”

O que motivou o legislador a adotar a inversão de fases foi que todas as modalidades de licitação, exceto o pregão, têm o julgamento da habilitação antes da abertura das propostas de preço. Isto gera um excesso de impugnações, acarretando atrasos para o processo licitatório. Além disso, possibilita negociações paralelas que podem envolver transferências laterais entre os licitantes.⁸⁴

Esse quadro de excesso de impugnações é alterado substancialmente com a adoção da inversão de fases, pois, uma vez determinado o vencedor, ou seja, aquele que fez a proposta mais vantajosa, quaisquer recursos eventualmente propostos seriam direcionados somente contra ele, otimizando o tempo e os recursos da Administração e dos próprios licitantes. Apesar da inversão de fases ser considerada mais racional e benéfica à Administração e, conseqüentemente, à coletividade, sua constitucionalidade é discutível, haja vista a questão do conflito entre lei especial e lei geral, pois, para alguns autores, a ordenação dos procedimentos é matéria de norma geral.⁸⁵

O art. 13 informa a preferência à forma eletrônica, mas admite a presencial e, no art. 14 o legislador reforça sua inspiração no pregão ao baralhar institutos da Lei do Pregão com alguns da Lei de Licitações. De acordo com Rigolin⁸⁶:

“Cria procedimentos totalmente novos, sem fidelidade às regras tradicionais das licitações. Admite consórcios. Admite complementação da prova de regularidade fiscal (na habilitação) apenas após o julgamento das propostas.”

Nos termos do art. 15, deve ser “dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação [...], ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado [...]”. O artigo também estabelece a adoção de prazos mínimos nos quais devem ser apresentadas as propostas.⁸⁷

⁸⁴ FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. Brasília (DF): RADAR/IPEA; 2012. N. 19. P. 13. Abril de 2012. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/120522_radar19.pdf>. Acesso em 10 jun. 2012.

⁸⁵ BRASIL. Senado Federal, op. cit., p.27-28.

⁸⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 9, Set. 2011.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 445-446

Os arts. 16 e 17 criam modos de disputa “aberto e fechado”, os quais seriam disciplinados pelo regulamento. Tais dispositivos vão ao encontro daquela que é uma das principais críticas do RDC que é a demasiada delegação de poderes à Administração no que concerne o início e condução dos procedimentos licitatórios.⁸⁸

Os critérios de julgamento possíveis no RDC são indicados nos arts. 18 a 23 da Lei e, destaca-se a inovação promovida pelos critérios que consideram o “maior desconto”, conforme inciso I, art. 18, ou o “melhor conteúdo artístico” conforme art. 21, ou, ainda, o critério de “maior retorno econômico”, previsto no art. 23 do RDC. Os artigos 20 e 21 apresentam importante ampliação das hipóteses de utilização dos critérios de “técnica e preço” e de “melhor técnica”, sendo que último apresenta substanciais modificações em relação à prevista na lei nº 8.666, de 1993.⁸⁹

O art. 24 cuida da desclassificação de propostas que tragam em seu bojo vícios insanáveis (inciso I), em desobediência às especificações do instrumento convocatório (inciso II, IV e V) e preços inexequíveis (inciso III). Já o art. 25, apresenta novidades quanto ao critério de desempate que será, nesta ordem, uma disputa final, a avaliação do desempenho contratual prévio (se houver sistema de avaliação objetiva), os critérios da legislação especial e sorteio.⁹⁰

Após a definição do resultado do julgamento, o art. 26 prevê que a administração, assim como no pregão, poderá negociar com o vencedor condições mais vantajosas e, se o preço permanecer acima do orçamento estimado, a negociação poderá ser estendida aos demais licitantes na ordem de classificação (parágrafo único).⁹¹

O art. 27 é, de acordo com Renato Rezende, harmônico “com a sistemática adotada em outros dispositivos, de precedência temporal da fase de julgamento das propostas”, pois apresenta previsão de fase recursal única para as licitações, a exemplo do que ocorre no pregão. De acordo com o autor, tal previsão é benéfica, entretanto, sua disposição

⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 31. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁸⁹ Ibidem, p. 31.

⁹⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54. Agosto de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/ie54/IE54-Cesar.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

⁹¹ Ibidem.

em lei especial enseja conflito com a lei geral, podendo gerar questionamentos conforme já analisado anteriormente.⁹²

O art. 28 encerra a Subseção dos procedimentos licitatórios e enumera as possibilidades de decisão da autoridade administrativa, quando findo o processo:

- “a) retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
- b) anulação do processo, por vício insanável;
- c) revogação do processo, por conveniência e oportunidade; ou
- d) adjudicação do objeto e homologação da licitação.”

2.3.3 Procedimentos auxiliares às licitações e outras disposições

A Lei nº 12.462/2011 define, em seus arts. 29 a 33, como procedimentos auxiliares das licitações no âmbito do RDC: “I - pré-qualificação permanente; II - cadastramento; III - sistema de registro de preços; e IV - catálogo eletrônico de padronização.”⁹³

Observa Renato Rezende que a pré-qualificação do RDC é instituto semelhante ao cadastro, previsto no § 2º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, da modalidade de tomada de preços. Entretanto, a ausência de limites ao uso desse procedimento poderá comprometer o caráter competitivo e à igualdade de condições entre os licitantes uma vez que, conforme art. 30, § 2º, poderá a Administração realizar licitações restritas àqueles pré-qualificados. Isso porque, adverte o autor, “sabendo-se de antemão quem poderá participar da disputa, é mais fácil promover conluíus e formar cartéis”.⁹⁴

Os registros cadastrais são disciplinados pelos artigos 31, 32 e 33 do RDC. Rigolin analisa positivamente a inovação trazida pelo art. 33: “uma novidade absoluta com o

⁹² BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 36. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

⁹³ BRASIL. *Lei Nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011

⁹⁴ BRASIL. Senado Federal. op. cit., p.37.

cadastro eletrônico de padronização, no art. 33, que poderá futuramente emprestar sua inspiração a todas as licitações, o que se augura”.⁹⁵

E, finalmente, os artigos compreendidos entre o 39 e o 47 não alteram as regras já consagradas pela Lei nº 8.666/93, evidenciando, segundo Rigolin, “que o conteúdo básico e os roteiros procedimentais desse novo regime estão por completo calcados na Lei das Licitações, inclusive em matéria penal (art. 47)”.⁹⁶

Di Pietro, analisando o art. 47, aponta duas inovações: (1) previsão da pena de impedimento de licitar e contratar com os entes federativos (pelo prazo de cinco anos), sem prejuízos à aplicação das penalidades de multas devidamente explicitadas no instrumento convocatório e/ou no contrato. Na Lei 8.666/93, a pena de suspensão temporária não pode durar por prazo superior de dois anos; (2) no §1º, do art. 47, quando estabelece que outro efeito da aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar, será, ainda, o descredenciamento do licitante, pelo prazo de cinco anos, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõe a Autorizada Pública Olímpica.⁹⁷

2.3.4 Quadro comparativo de alterações

Rodrigo Campos, em artigo contendo duras críticas ao RDC, a qual batiza de Regime Diferenciado de Corrupção, reproduz quadro contendo uma “comparação resumida” entre a Lei 8.666/93 e o RDC publicado na Folha de São Paulo em 17 de junho de 2011⁹⁸:

“Quadro 3: Quadro comparativo de alterações

Lei nº 8.666/1993	RDC	Dúvida / Crítica
Exigência de Projeto Básico (art. 7º, SS 2º, I)	Contratação integral (<i>turn key</i>) com Projeto Básico e Projeto Executivo sob responsabilidade da contratada. O processo conterá apenas um anteprojeto de engenharia e o orçamento será interno e sigiloso.	Como medir ou orçar algo que não se sabe o que é? Se nas concorrências atuais, com projeto básico já ocorrem "surpresas" na execução gerando aditivos, por vezes, duvidosos. Imagine sem

⁹⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC.L&C *Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, p. 10, Set. 2011.

⁹⁶ Ibidem..

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 464-465.

⁹⁸ CAMPOS, Rodrigo. *Regime Diferenciado para Corrupção*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.licitaecontrata.com/2011/06/rdc-regime-diferenciado-para-corruptao.html>> Acesso em: 10 jun. 2012.

		projeto básico, qual será o limite?
Julgamento das propostas após a fase de habilitação.	Ocorrerá a inversão de fases. Da mesma forma que é no pregão (Lei nº 10.520/2002), primeiro se julgará as propostas, preços, e depois a capacidade da empresa (requisitos de habilitação).	Iniciativa relevante e que já se mostrou eficaz na modalidade pregão.
Valores estimados para a contratação são detalhados em planilhas e estão disponíveis para acesso de qualquer cidadão.	Custo estimado é sigiloso e será informado somente aos órgãos de controle quando conveniente à Administração.	Absurdo. Fere, no mínimo, os princípios da publicidade e da moralidade.
Remuneração da contratada é fixada em contrato.	Possibilidade de remuneração variável com base em critérios subjetivos de desempenho.	Outro absurdo. Como não haverá projeto básico, não haverá nada a que a contratada se vincule, nenhum requisito a ser atendido. Então, se eu definir inicialmente que concluirei um serviço em 2 anos e o fizer em 18 meses, eu mereço recompensa!? Conveniente, não?
Vedação a adoção de critérios que restrinjam ou frustrem a competitividade.	Possibilidade, a princípio injustificada, de indicação de marcas.	Também pode contrariar os princípios administrativos elencados no art. 37 da Carta Magna de 1988.
Licitações do tipo técnica e preço os pesos são de 0,5 para cada item.	Licitações somente técnica e preço, tendo a técnica peso de 0,7 e o preço de 0,3.	Pode prevalecer a subjetividade.
Aditivos em até 25% para obras e 50% para reformas.	Aditivos livres quando forem necessários para atender exigências de organismos internacionais (FIFA e COI).	Mais critérios subjetivos e mais uma porta para desvios de dinheiro público.

Fonte: Campos (2012)''

3 A ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO RDC

Conforme exposto, não apenas o conturbado processo político e jogos de interesses cercam o debate sobre o RDC. Sua inconstitucionalidade formal e substancial também são apontadas em textos, artigos e duas ações de inconstitucionalidade: uma proposta pelos partidos políticos (ADI 4645) Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, o Democratas – DEM e o Partido Popular Socialista – PPS em 21 de agosto de 2011⁹⁹ e outra, a ADI 4655, pelo Procurador Geral da República em 7 de setembro de 2011¹⁰⁰. Nenhuma delas foi apreciada até a data de conclusão da presente monografia, nem em sede de cautelar.

A análise a seguir busca apontar os principais dispositivos do RDC que tiveram sua constitucionalidade questionada, apontando as teses favoráveis ou não de cada aspecto.

3.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

3.1.1 O RDC e as normas gerais de Licitações

O § 2º do art. 1º da Lei 12.462/2011 do RDC prevê que sua adoção “resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 1993”. Tal previsão, para muitos, mostra-se incompatível e, para Renato Rezende¹⁰¹, constitui-se “verdadeira teratologia jurídica”.

Argumenta o autor que compete à União editar leis instituidoras de normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, a serem observadas por todos os entes federados, compreendidos suas administrações públicas diretas, autárquicas e

⁹⁹ MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

¹⁰⁰ SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. *ADI 4655 - Lei 12462*. Set. 2011. p. 7. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

¹⁰¹ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 12. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

fundacionais, bem como para suas empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme previsões constitucionais dispostas nos artigos 37, inciso XXI, 173, § 1º, inciso III, e 22, inciso XXVII. Portanto, decreta Renato Rezende¹⁰²:

“no modelo vigente de repartição de competências entre os entes federados, a Constituição atribui à União o poder de editar normas gerais sobre determinadas matérias, normas com as quais a legislação suplementar dos Estados deve ser compatível.”

Por esse ângulo, vislumbra-se que grande parte do RDC, especialmente o Capítulo I, é incontestavelmente conflitante com as normas gerais previstas na Lei nº 8.666/1993. Quando o RDC prevê a adoção de determinadas regras atinentes à licitações (modalidades, prazos, tipo etc.) reservadas à objeto previamente definido em lei (licitações e contratos relativos aos eventos esportivos mencionados) e válida somente para alguns entes federados, podemos entender que o RDC afronta o sistema de distribuições de competências previstas na Constituição Federal. A esse respeito, decreta Renato Rezende: “Assim, não pode o legislador federal afastar a incidência das normas gerais sobre licitações realizadas por órgãos da União ou de quaisquer outros entes federados específicos”.¹⁰³

Embasa a mesma linha de argumentação, a seguinte decisão do STF, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 559.943, em 26/09/2008, ao apresentar voto do Ministro Joaquim Barbosa que acabaria por fundamentar a inconstitucionalidade de artigos previstos em legislação ordinária contrários ao Código Tributário Nacional (constitucionalmente incumbido de regular a lei geral):¹⁰⁴

“Assumir que a União pudesse estabelecer norma geral de caráter nacional, vinculando todos os entes federados, ao mesmo tempo em que autorizada a dispor em sentido diferente, em lei ordinária, sobre tributos federais, implicaria reconhecer a própria ineficiência da norma geral e a fragilidade do pacto federativo.”

A mesma linha de raciocínio utilizada no mencionado voto pode ser aplicada quanto ao estabelecimento, em lei federal, de legislação específica atinente às licitações e contratos que seja conflitante com a Lei geral e destinada a apenas alguns entes

¹⁰² BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 12. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁰³ Ibidem, p. 21

¹⁰⁴ Ibidem,

federados. Teríamos, assim, uma “dupla inconstitucionalidade”, segundo Renato Rezende: “por se estabelecerem regras que (1) condicionam o processo licitatório de apenas alguns entes federados e (2) afastam a aplicação das normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993”.¹⁰⁵

Nesta vertente, não se considera o RDC instituidor de normas gerais, de forma paralela à lei 8.666/1993 e, desta forma, é notável que diversos dispositivos do RDC seriam inconstitucionais¹⁰⁶, sob o aspecto formal. Tal inconstitucionalidade, nesta vertente, poderia ser elidida se o legislador optasse por promover alterações na própria Lei Geral, e não optasse pela criação de Regime excepcional e colidente.¹⁰⁷

Em contraposição, defendendo a constitucionalidade da Lei 12.462/2011, consta no curso do trâmite processual da ADI 4645, ainda em andamento, o Parecer SAJ Nº 2903/2011 –BRN¹⁰⁸ da Casa Civil homologado pelo titular daquele órgão, Ivo da Motta Azevedo Corrêa e citado nas Informações Presidenciais Nº 113/2011/GM/AGU, documento, elaborado pela Consultora Geral da União Grasiela Merice Castelo Caracas de Moura e remetido pela Presidente da República Dilma Rousseff ao STF.

Este Parecer, após estabelecer o atual desenho constitucional no que se refere às contratações públicas, aduz qual seria o real parâmetro pelo qual deve ser observada a Lei nº 12.462/2011: “como ato normativo paralelo (e não inferior) à lei 8.666/93 que também trata de contratações públicas” e que, como são modelos diferentes, é “facultado à Administração, motivadamente e dentro das balizas legais, optar por um deles”.

¹⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 21. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹⁰⁶ Há de se ressaltar, ainda, que o STF entendia originalmente que tais casos de conflito entre legislação específica e normas gerais caracterizavam uma inconstitucionalidade reflexa, pois seu reconhecimento dependia do cotejo da legislação específica com as normas gerais e, segundo o Tribunal, o juízo de inconstitucionalidade não poderia ser feito em sede de ação direta de inconstitucionalidade (cf. ADI Questão de Ordem nº 2.344, DJ de 2.8.2002). Porém, em julgados mais recentes, reformulando seu entendimento anterior, o Tribunal, ao verificar ofensa às normas gerais por lei do ente federado, declarou inconstitucional a lei em sede de ADI (cf. ADI nº 2.903, DJ de 19.9.2008), concluindo, portanto, que a contrariedade das normas gerais pelas legislações específicas constitui uma ofensa direta às regras de repartição de competências presentes na Constituição Federal. Dessa forma, as inconstitucionalidades da Lei nº 12.462, de 2011, por colisão com normas gerais da Lei nº 8.666, de 1993, podem ser arguidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade. *Ibidem*, p. 22.

¹⁰⁷ BRASIL. Senado Federal, op. cit. p. 21.

¹⁰⁸ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

Corroborar com esse balizamento a comparação da Lei nº 12.462/2011 com a Lei nº 10.520/2002, que institui a modalidade do pregão e que não revogou a Lei nº 8.666/93. Ambas veiculam, portanto, normas gerais de licitação, o que não importa em inconstitucionalidade uma vez que compete à União legislar sobre normas gerais (artigo 21, inciso XXVII da Constituição Federal).

Em síntese, ambos os posicionamentos, contrário e a favor da constitucionalidade do RDC sob este aspecto, concordam que só caberia à União editar normas gerais e argumentam, respectivamente, que as disposições do RDC contrariam a norma geral instituída na Lei 8.666/93 e que tais dispositivos são, também, normas gerais instituídas pela União que optou pela coexistência de atos normativos instituidores de normas gerais. A exemplo da Lei 10.520/2002, que institui a modalidade do pregão, parece-me possível o entendimento do RDC como ato normativo paralelo, e não inferior, a Lei 8.666/93 e, portanto, instituído pela União como norma geral de licitação, não importando em inconstitucionalidade.

3.1.2 Ausência de pertinência temática: afronta ao devido processo legislativo e ao princípio da separação de poderes?

O controvertido processo legislativo que admitiu emendas absolutamente impertinentes ao texto da Medida Provisória nº 527/2011 é alvo de intensas críticas externadas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A inclusão de “matéria estranha” à tratada na medida provisória é tida como verdadeiro abuso do poder de emendar e afronta ao devido processo legislativo (artigos 59 e 62 da CF) e o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, da CF). Isso porque a medida provisória é de iniciativa exclusiva do Presidente da República, responsável pela decisão sobre quais matérias atendem aos critérios relevância e urgência e, assim podem ser veiculadas por esse meio.

É indiscutível a legitimidade do Poder Legislativo no que se refere às emendas parlamentares no âmbito das medidas provisórias. É o que decorre da previsão contida no § 12 do art. 62 da CF: “Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.”

No entanto, conforme voto do Ministro Celso de Mello (ADI-MC 1.050, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 23/04/2004): “a exemplo do que ocorre com os projetos de iniciativa exclusiva de outros Poderes e do Ministério Público, é evidente a necessidade de guardar afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original”.

Esta relação de pertinência com a proposição original aduz um imperativo lógico decorrente do princípio da separação de Poderes. Pois, se fosse legal a permissão do Legislativo acrescentar qualquer matéria ao texto de uma medida provisória, estaríamos nos deparando com a transferência para esse Poder uma atribuição que a Constituição reserva exclusivamente ao Presidente da República, qual seja, o de decidir os casos de urgência e relevância que devam ser encaminhados por essa via.

Neste sentido e de forma inequívoca, a Resolução nº 1, de 1989-CN, que “dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das Medidas Provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal”, estabelece de maneira expressa em seu art. 4º, § 1º, ser “vedada a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória”.

Ilustra esse entendimento, a ADI 2350, Rel. Min. Maurício Correa, DJ de 30.04.2004, com a seguinte passagem:

“1. A Constituição Federal veda ao Poder Legislativo apenas a prerrogativa da formalização de emendas a projeto originário de Tribunal de Justiça, se delas resultar aumento de despesas pública, observada ainda a pertinência temática, a harmonia e a simetria à proposta inicial.”

E, também acolhendo a mesma orientação, cita-se trecho do RE 134.278, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/11/2004, onde se lê: “A reserva de iniciativa a outro Poder não implica vedação de emenda de origem parlamentar desde que pertinente à matéria da proposição e não acarrete aumento de despesa: precedentes”.

O STF entende que, em se tratando de matéria de iniciativa legislativa, nem mesmo a sanção da Presidência da República convalidaria o vício, qual seja, a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha à da MP. A título meramente ilustrativo, os seguintes precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INCERSÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSAS AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo do defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a previa dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal. 4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 2.113, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 157, de 20/8/2009);”

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROMOÇÃO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR E DO CORPO DE BOMBEIROS – REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS – PROCESSO LEGISLATIVO – INSTAURAÇÃO DEPENDENTE DE INICIATIVA CONSTITUCIONALMENTE RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – DIPLOMA LEGISLATIVO ESTADUAL QUE RESULTOU DE INICIATIVA PARLAMENTAR – USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA – SANÇÃO TÁCITA DO PROJETO DE LEI – IRRELEVÂNCIA – INSUBSISTÊNCIA DA SÚMULA Nº 5/STF – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. OS PRINCÍPIOS QUE REGEM O PROCESSO LEGISLATIVO IMPÕEM – SE À OBSERVÂNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS. – O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se, enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros. Precedentes. – A usurpação do poder de instauração do processo legislativo em matéria constitucionalmente reservada à iniciativa de outros órgãos e agentes estatais configura transgressão ao texto da Constituição da República e gera, em consequência, a inconstitucionalidade formal da lei assim editada. Precedentes. A SANÇÃO DO PROJETO DE LEI NÃO CONVALIDA O VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA. – A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do

projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o cordão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubistência da Sumula nº 5/STF. Doutrina. Precedentes. SIGNIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS (CIVIS E MILITARES). – A locução constitucional ‘regime jurídico dos servidores públicos’ corresponde ao conjunto de normas que disciplinam os diversos aspectos das relações, estatutárias ou contratuais, mantidas pelo Estado com os seus agentes. Precedentes. A QUESTÃO DA EFICÁCIA REPRISTINATÓRIA DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ‘IN ABSTRACTO’. – A declaração final de inconstitucionalidade, quando proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização normativa abstrata, importa – considerado o efeito repristinatório que lhe é inerente – em restauração das normas estatais anteriormente revogadas pelo diploma normativo objeto do juízo de inconstitucionalidade, eis que o ato inconstitucional, pode ser juridicamente inválido (RTJ 146/461-462), sequer possui eficácia derogatória. Doutrina. Precedentes (STF). (ADI 2.867, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 9/2/2007);”

Entretanto, por outro lado, em 26 de setembro de 2011, a Presidente da República Dilma Rousseff apresentou ao STF, no curso do trâmite processual da ADI 4645, as Informações Presidenciais Nº 113/2011/GM/AGU elaboradas pela Consultora Geral da União, Grasiela Merice Castelo Caracas de Moura,¹⁰⁹ contra-argumentando o exposto acerca da inserção de emendas que versem sobre tema diverso ao da MP original.

De acordo com as Informações, utilizando-se como fundamentos as previsões dos artigos 63, I e 166 (§§ 3º e 4º) da CF, o poder de emenda do Congresso só é limitado por disposição constitucional e, fora disso, o Congresso pode-se valer do processo legislativo imprimido ao exame do projeto de lei de conversão para tratar tema distinto ao encaminhado pelo Presidente da República.

A Consultora Geral da União destaca a ausência de vedação constitucional ao incremento de temas diferenciados ou sem afinidade com o seu texto primitivo e que, em verdade, a vontade do legislador em tornar afinidade temática exigível ainda está em curso no Congresso Nacional por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC Nº 11/2001). Esta PEC acrescentaria aos parágrafos do art. 62 da CF que “A medida provisória e o projeto de lei de conversão não conterão matéria estranha ao objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

¹⁰⁹ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

Quanto ao disposto na mencionada Resolução nº 1, de 1989-CN que proíbe “a apresentação de emendas que versem matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória”, argumenta também a Consultora Geral da União que eventual restrição regimental que possa haver a respeito não pode ser alçada a questão constitucional. Segundo ela, a jurisprudência do STF é firme em recusar a qualificação de tema constitucional para discussão sobre aderência de um projeto normativo no Congresso Nacional a normas internas das Casas legislativas, que não se reproduzem na Constituição Federal. Tais problemas, devem se esgotar no plano das questões interna corporis. Exemplificam esse entendimento da Suprema Corte, as seguintes jurisprudências:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATOS DO PODER LEGISLATIVO: CONTROLE JUDICIAL. ATO INTERNA CORPORIS: MATÉRIA REGIMENTAL.

I.-Se a controvérsia é puramente regimental, resultante de interpretação de normas regimentais, trata-se de ato interna corporis, imune ao controle judicial, mesmo porque não há alegação de ofensa a direito subjetivo.

II. -Mandado de Segurança não conhecido.

(MS 24356, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2003, Dj 12-09-2003 PP-00029 EMENT VOL-02123-02 PP-00319)”

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUESTÃO INTERNA CORPORIS. ATOS DO PODER LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. PRECEDENTE DA SUPREMA CORTE.

1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante

o Poder judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional.

2. Agravo regimental desprovido. (MS 25588 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, Dje-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP00350 RTj VOL-00210-01 PP-00241 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 135-139).”

Em síntese, a Lei nº 12.462/11 é, de fato, “fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos e sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela Presidente da República da República.”¹¹⁰ Há vedação regimental do Congresso Nacional a essa prática, entretanto, sem correspondência a qualquer dispositivo constitucional, sendo que, inclusive, há uma PEC que acrescentaria tal vedação ao art. 62 da CF. Desta forma, em face também aos precedentes do Supremo no

¹¹⁰ SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. *ADI 4655 - Lei 12462*. Set. 2011. p. 7. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

sentido de não apreciar controvérsias puramente regimentais, não haveria a configuração de sua inconstitucionalidade formal conforme arguido pela ADI.

3.1.3 Pressupostos de urgência e relevância

Conforme análise do processo legislativo realizada no Capítulo da presente monografia, o RDC é oriundo da Medida Provisória nº 527/2010, que de acordo com a argumentação exposta na ADI 4645, foi editada sem observância do art. 62 da Constituição Federal, que estabelece os pressupostos de relevância e urgência como elementos imprescindíveis para atos normativos desta natureza: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

A edição de Medidas Provisórias, indiscutivelmente, prescinde de um juízo “político”, inerente ao Poder Executivo, referente aos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, necessários à edição de medidas provisórias. Caberia ao Poder Executivo o juízo prévio acerca da ocorrência desses pressupostos, e, depois, ao Poder Legislativo caberia, quando da análise do ato, confirmar ou não o juízo político do Executivo. Nesse sentido, há o trecho do voto do Ministro Moreira Alves, proferido nos autos da ADI 162 – 1 – DF, quando da apreciação de pedido de liminar, que assim se pronunciou:

“Ora, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar Recurso Extraordinário nº 62.739, em que declarou a inconstitucional, em face da Constituição de 1967, o Decreto-Lei 322, de 7.4.67, por entender que ele regulava matéria estranha ao conceito de segurança nacional, se manifestou no sentido de que ‘a apreciação dos casos de ‘urgências’ ou de ‘interesse público relevante’, a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume caráter político, e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidades e de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso’ (RTJ-44 / 54). Posteriormente, esse entendimento foi seguido no RE 74.096 (RTJ 62 / 819) e no RE 75.935 (R.D.A. 125 / 89).”

Entretanto, conforme orientação assentada no Supremo Tribunal Federal, é admitido o controle dos pressupostos processuais da edição de medidas provisórias sempre que o Tribunal se vê diante de casos nos quais o Executivo abusa de sua competência constitucional e edita atos legislativo evidentemente alheios às exigências constitucionais. Em manifestação recente, o Ministro Celso de Mello, ressaltou que não se poderia mais ignorar

que “a crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem causado profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo” (MS 27.931, julgado em 16.12.2009). E, agora por ocasião do julgamento do pedido cautelar que compunha o pleito veiculado pela ADI 2.213, afirmou:

“Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em distância homogeneia de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “checks and balances”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando assim, grave distorções no modelo político gerando disfunções comprometedoras da integridade do princípio institucional da separação de poderes (ADI 2.213 – MC, DJ de 04.04.3002).” (Grifo do autor).

É, também, importante ressaltar que a arguição de ausência de pressupostos constitucionais de relevância e urgência não se refere às disposições atinentes do Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Isso porque, conforme já analisado no Capítulo 2, o RDC não constava no texto originário da medida provisória e foi inserido no bojo do projeto de lei de conversão por emenda do relator, quando do oferecimento da proposição à deliberação do plenário. Ambas ADIs são categóricas na observação de que a Medida Provisória n. 527/2011 evidencia que o Poder Executivo legisla ordinariamente por meio de medidas provisórias em desrespeito à Constituição Federal.

A constatação de que a matéria atinente ao conteúdo das Medidas Provisórias prescinde de juízo “político”, a cargo do Poder Executivo, implica que tal subjetivismo se configura em uma dificuldade para os demais Poderes, quando da avaliação dos critérios de relevância e urgência considerados.

Entretanto, a medida provisória em exame tratava apenas de reorganização da Presidência da República e Ministérios e, admitamos que a natureza ordinária e “corriqueira” do tema dificilmente poderia lhe conferir o condão de autorizar o emprego de

medidas provisórias. Afinal, nada mais comum e ordinário do que a reestruturação de órgãos e reorganização da Administração Pública.

A medida provisória em exame possui, no §10 da exposição de motivos, justificativa para a urgência do ato “no exíguo prazo para que a reorganização do setor de aviação civil apresente as melhorias e os resultados esperados pela sociedade”. Tal exposição de motivo é considerada inconsistente e é atacada na ADI 4645¹¹¹:

“No entanto, é certo que as alterações pretendidas por meio do ato normativo em exame, em sua redação original, não teriam jamais o condão de corrigir tais problemas, uma vez que tais medidas dizem respeito apenas a modificações na estrutura organizacional dos órgãos do Executivo, sem repercussões práticas, senão indiretas, na qualidade do serviço de aviação civil prestados atualmente no Brasil.”

A Advocacia Geral da União, por meio das Informações Presidenciais Nº 13//2011/GM/AGU, por outro lado, ressalta que o Supremo Tribunal Federal já firmou posição no sentido de que o julgamento acerca dos critérios de urgência e relevância é exclusivamente político, primeiro, a cargo do Presidente da República, depois, do Congresso Nacional. Este contra-argumento foi amparado jurisprudencialmente pelo STF no julgamento da ADI nº 1.717-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 25/02/2000. Aduz o relator:

“No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência da Medida Provisória (que deu origem à Lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o STF somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o judiciário para uma conclusão a respeito.”

Após a análise dos posicionamentos apresentados, verifica-se a possibilidade do controle, pelo Supremo, dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias e que o objeto regulado pela MP 527/2011, qual seja, a reorganização da Presidência da República e Ministérios, trata-se de matéria “corriqueira e ordinária”, é possível concluir por sua inconstitucionalidade e, por conseguinte, da Lei n. 12.462/2011, ante a violação do art. 62 da Constituição Federal.

¹¹¹ MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

3.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

As alegações de inconstitucionalidades encontradas na Lei n. 12.462 de 2011 compreendem a essência e ao todo do RDC, notadamente os seguintes dispositivos: art. 1º e 65º, que delegam ao Executivo a escolha do regime jurídico a ser aplicado, art. 6º, § 3º, que estabelece presunção de sigilo do custo das obras, art. 9º, que permite a contratação integrada, para obras e serviços de engenharia, art. 10, que permite o estabelecimento de remuneração variável para obras e serviços públicos, e art. 15, § 2º, que dispensa a publicação em diário oficial, entre outros. A seguir, serão analisados os principais institutos questionados.

3.2.1 A afronta constitucional do Artigo 1º e 65º do RDC aos artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal.

O novo regime de licitação previsto na Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, não está de acordo com os valores constitucionais, aplicáveis às contratações públicas. A inconstitucionalidade se faz sentir desde o primeiro artigo da referida lei, que, ao delegar ao Executivo a capacidade de escolher, livremente, o regime jurídico da licitação pública a que será submetido, viola os artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, ambos da Constituição Federal.

Os artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, ambos da Constituição Federal dispõem sobre a competência da União para legislar privativamente sobre “normas gerais de licitação e contratação” e a obrigatoriedade de licitação como princípio fundamental da Administração Pública.

O art. 1º da Lei 12.452/2011 dispõe:

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da

matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.”

Há, no referido artigo, uma aparente taxatividade no que se refere à aplicação do RDC, quando da utilização da expressão “aplicável exclusivamente”. Entretanto, na verdade, as hipóteses descritas nos incisos são substancialmente vagas e imprecisas, conferindo ao Poder Executivo uma total liberdade na escolha do regime de licitação a ser aplicado.

Verifica-se esta atribuição ao Poder Executivo no inciso I do art. 1º, pois, nele, há a determinação de que o RDC aplica-se exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização “dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO)”. Ou seja, os contratos necessários à realização dos Jogos de 2016 serão definidos pela Autoridade Pública Olímpica, entidade da administração pública indireta criada para gerir as atividades desportivas a que se refere o RDC.

Observa-se, assim, uma indevida delegação de competência, que constitucionalmente é do Poder Legislativo, a ente da Administração Pública visando definir o regime licitatório aplicável ao caso. Ou seja, na prática, o Poder Executivo poderá escolher, caso a caso, o regime jurídico aplicável. A falha é grave e se faz presente tanto no inciso I, quanto no inciso II, do art. 1º da Lei n. 12.462, de 2011.

O teor do art. 37, XXI, da Constituição em vigor, reza que as regras de Direito Público e, em especial, aquelas que versam sobre licitações públicas não podem ser normas dispositivas. Elas são normas cogentes, incidentes e devem ser cumpridas sempre que o Poder Público se deparar com a necessidade de contratar obras, serviços, compras e realizar alienações.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹², após estudo do dispositivo que, em verdade, estabelece balizamentos a serem necessariamente observados pelas normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos, enfatiza o princípio da legalidade ali inscrito:

“Assim não há dúvida que, por força disto, os cidadãos têm o direito de participar de uma licitação segundo regras estabelecidas por lei – que direitos se regulam por lei, e não por atos de órgão da Administração. É um contra-senso que, sendo a licitação uma garantia do cidadão contra discriminações indevidas que lhe possam ser feitas pela Administração, sua disciplina seja estabelecida precisamente por ela, contra a qual a Constituição quis garanti-lo (a própria Administração).”

Na mesma toada, também com uma redação “vaga e excessivamente aberta”, o art. 65 do RDC consegue ampliar ainda mais a margem de discricionariedade do Poder Executivo:

“Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrente do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.”

Ou seja, até uma definição a ser proferida pela Autoridade Olímpica, toda e qualquer contratação poderá beneficiar-se do regime previsto pelo RDC, bastando para tanto que, a critério da Administração Pública, “sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço”.

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 458-459.

A constatação da inconstitucionalidade mencionada já constava em Nota Técnica encaminhada por Procuradores da República Membros do Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão ao Procurador-Geral da República, o Senhor Roberto Gurgel, a propósito do Projeto de Lei de Conversão da MP 521 / 2010. Nela, os Procuradores Athayde Ribeiro Costa, Carolina de Gusmão Furtado, Ana Carolina Oliveira Tannus Diniz e Paulo Roberto Galvão Carvalho, discorreram¹¹³:

“Houve afronta ao artigo 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, ambos da Constituição. A Constituição estabelece o dever da Legislação federal normatizar a título de norma geral, as licitações e contratações, estabelecer ou fixar, portanto, o regime das licitações. Isto significa ter parâmetros suficientes para que o Administrador, pretendendo, satisfazer determinada necessidade administrativa – concernente a determinado objeto licitável – tenha de antemão a previsibilidade das regras a serem cumpridas nas execuções do certame licitatório. A nosso ver, a aplicação do regime RDC às “licitações e contratos” “necessários à realização da Copa das Confederações das Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo – GEOCOPA 2014” é uma cláusula intoleravelmente aberta, e que, a rigor indica que está sendo conferido ao Poder Executivo o poder de definir ou escolher, com base em critérios de elevado subjetivismo, o regime jurídico da licitação pública. Este poder de regência normativa é exclusivamente do legislador, e não pode ser transferido ou delegado ao Poder Executivo, da forma que está no projeto. Não há nenhuma baliza legal sobre a qualificação nos casos concretos do que seja uma licitação ou contratação “necessária” aos eventos previstos na norma, autorgando-se desproporcional poder de decisão ao “Grupo Executivo – GEOCOPA 2014”. **Sendo indiscutível a relevância dos eventos citados na norma, a mera referência a necessidade vinculadas aos mesmos não oferece nenhuma limitação ao exercício da competência administrativa, possibilitando o seu uso com arbitrariedade.**” (NOTA AO PROJETO DE LEI DE CONVERSÃO DA MP 521 / 2010) (Grifo do autor).

A União, por meio do Parecer SAJ Nº 2903/2011 – BRN da Casa Civil, se defendeu, no curso do trâmite processual da ADI 4645, argumentando que as alegações apresentadas buscam transformar um problema de fiscalização em um vício de constitucionalidade. Aduz a clareza sobre as hipóteses de utilização do regime do RDC e

¹¹³ COSTA, Athayde Ribeiro et al. *Nota ao projeto de lei de conversão da MP 521/2010 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas)*. Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/portal_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf> Acesso em: 27 ago. 2012.

aponta que cabe aos órgãos de fiscalização e controle “a avaliação do estrito cumprimento das obras e dos procedimentos postos”.¹¹⁴

Em sua visão, não há delegação de competências quando a Lei remete à decisão da Autoridade Pública Olímpica e do CGCOPA a definição sobre o que será considerado como contratações dentro do seu escopo de atuação. De acordo com o Parecer¹¹⁵:

“[...] trata-se, apenas tão-somente, do reconhecimento da competência constitucionalmente estabelecida, exercida em conformidade com os requisitos legalmente estabelecidos [...]. Por fim, ressalta-se que é de competência do Executivo o planejamento das contratações públicas, as quais poderão ser realizadas desde que respeitadas as demais normas eventualmente aplicáveis às situações que se apresentem e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Logo, a Lei nº 12.462 de 2011 não delega competência ao Poder Executivo, mas salienta a função administrativa.”

Observa-se, por fim, que não há como discordar do argumento de que a Lei nº 12.462/2011 submete, em uma medida que compromete sua própria constitucionalidade, à liberalidade da Administração Pública, a opção pela adoção de um regime de licitação mais flexível a determinadas obras, compras e serviços.

3.2.2 A remuneração variável

O art. 10 da Lei do RDC faz previsão a um instituto denominado remuneração variável:

“Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.”

Verifica-se que a Lei não descreve suficientemente bem como seria essa metodologia de remuneração variável, disciplinando-a em nível de edital e contrato. O autor

¹¹⁴ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

¹¹⁵ Ibidem.

Renato Rezende, ao se deparar com o dispositivo em tela, observa que a necessidade de maior detalhamento legal. Em suas palavras¹¹⁶:

“tal descrição, com algum grau de detalhamento, deveria constar da própria lei, mesmo porque trata da contraprestação devida à empresa contratada e assegurada pelo próprio texto constitucional, que determina sejam mantidas, na vigência do contrato, as condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, Lei Maior).”

Com igual veemência, ressaltando a afronta ao art. 37 da Carta Maior, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645 conclui pelo desacordo também com os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade, pois não seria jamais condizente com tais princípios deixar ao gestor público a opção sobre os valores a serem pagos aos contratados. Isto traria, nos termos da ADI, que “em lugar de estimular a eficiência dos contratos, fomentará relações promiscuas entre o público e o privado”.¹¹⁷

Destaca-se o seguinte trecho da mesma ADI:

“A definição da equação econômico-financeira do contrato, bem como dos valores a serem percebidos a título de retribuição, é elemento que integra o processo licitatório e expõe-se à concorrência isonômica e impessoal que é própria das licitações públicas. Não pode, portanto, ser alterado injustificadamente após a conclusão das obras ou serviços contratados.”

Defende-se a União alegando, novamente, que os argumentos contrários à constitucionalidade do presente instituto remetem a um quadro em que a Administração teria um grau de discricionariedade que levaria à adoção de critérios vagos e imprecisos. Por meio do Parecer SAJ Nº 2903/2011 – BRN da Casa Civil, a União refuta totalmente essa alegação argumentando que o instituto da remuneração variável, que não é novidade em nosso ordenamento¹¹⁸, está inserido em um contexto de gestão de resultados favorável à concretização do princípio constitucional da eficiência.

¹¹⁶ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 27. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹¹⁷ MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

¹¹⁸ A possibilidade do pagamento de remuneração pelo desempenho já é prevista na legislação brasileira no caso das chamadas Parcerias Público-Privadas (PPP), e tem sido adotada pela Administração Pública Federal nos acordos de nível de serviço contratados para serviços de Tecnologia da Informação.

Alega a União que os valores a serem percebidos não serão alterados injustificadamente após a conclusão das obras, mas sim variarão conforme cláusulas previamente estabelecidas. Sendo assim, essa variação estaria calcada em parâmetros objetivos e pré-estabelecidos e, portanto, não estaria proporcionando margem desarrazoada à discricionariedade.

Apesar do instituto em si, qual seja, a remuneração variável, não implicar direta e necessariamente na inconstitucionalidade da Lei, não há dúvidas que os requisitos para aplicação de tal sistemática deveriam ser objetivamente definidos em lei (e não no instrumento convocatório que é oriundo da própria Administração), para evitar perseguições ou suspeitas sobre a conduta da Administração Pública que não deve ter a moralidade de seus atos colocada em dúvida em virtude da ausência desta definição legal.

3.2.3 O sigilo do orçamento estimado

Trata-se um dos temas mais polêmicos do RDC, o que para alguns, dentre eles a Presidente da República, trata-se de um instrumento que pode ser utilizado para a redução de preços e evitar a formação de cartel¹¹⁹, para outros, uma verdadeira afronta constitucional, especificamente ao princípio da publicidade, que será analisada nos próximos subitens.

3.2.3.1 Contrariedade à Lei Geral de Licitações

O orçamento sigiloso, previsto no art. 6º da Lei nº 12.462/2011, dispõe:

“Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. [...]”

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.”

O caput do art. 6º veda a divulgação do orçamento no curso da licitação. Já o dispositivo “se não constar do instrumento convocatório”, descrito no § 3º, possibilita a

¹¹⁹ ALVARENGA, Darlan, *Sigilo de orçamento de obra para Copa foi mal interpretado, diz Dilma*. São Paulo, 2011; Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html> > Acesso em: 30 jun. 2012.

divulgação do orçamento em conjunto com o edital de abertura do certame, o que nos leva a crer que se trata de uma faculdade do Poder Público. Renato Rezende ventila outra possível interpretação ao disposto no §3¹²⁰:

“[...] ou dita expressão apenas pretende referir-se às hipóteses já tratadas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo, nas quais a divulgação prévia do orçamento é obrigatória, pela própria natureza dos certames de que cuidam (julgados segundo os critérios de maior desconto ou de melhor técnica).”

De forma direta, a nova regra colide com diversos dispositivos da Lei Geral de Licitações, a Lei nº 8.666/1993, a saber:

- a) Art. 40, § 2º, II, que prevê como anexo do edital do certame, orçamento estimado em planilhas de quantitativos de preços unitários.
- b) Art. 44, § 1º, que veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.
- c) Art. 3º, § 3º, segundo o qual a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Em se considerando as normas gerais apresentadas, o autor conclui pela inconstitucionalidade formal do art. 6º da Lei do RDC. Entretanto, conforme analisado no item 3.1.1 do presente estudo, o entendimento da União, por meio de sua Advocacia Geral, é que, com a edição da Lei 12.462/2011, a União optou pela coexistência de atos normativos instituidores de normas gerais (a exemplo da Lei 10.520/2002) e, desta forma, estaria afastada a alegação do inconstitucionalidade do orçamento sigiloso sob esse prisma da contrariedade às normas gerais.¹²¹

¹²⁰ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 38-39. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹²¹ BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

3.2.3.2 Da suposta afronta ao princípio constitucional da publicidade

A divulgação do orçamento é defendida por alguns doutrinadores que sustentam que, com esta prática, estaria configurada uma aplicação exata e concreta do princípio da publicidade, cujas características principais foram analisadas no item 1.2.4 do capítulo 1 do presente estudo.

Os argumentos que defendem que há a violação ao princípio constitucional assentam-se, primordialmente, na concepção de que informações relativas à atuação estatal são todas elas, em princípio, públicas e, assim, devem ser abertas ao conhecimento da sociedade para que possa conhecer e controlar a atuação do Poder Público. Um dos alicerces constitucionais está no inciso XXXIII, do art. 5º da Constituição de 1988 define o direito fundamental à publicidade das informações dos órgãos públicos, dispondo:

“XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

De acordo com o a ADI 4645, o dispositivo do § 3º estabelece uma presunção de sigilo que inverte a lógica constitucional, pois, de acordo com tal disposição, se a informação não constar do instrumento convocatório, presume-se que seja sigilosa. Seguindo a argumentação, haveria nisto uma inversão da regra constitucional porque na Constituição Federal a publicidade e a transparência são regra e o sigilo só se justificaria em casos excepcionais, quais sejam, quando haja risco à segurança nacional ou da sociedade ou quando se trate de informação que diga respeito à vida privada e a intimidade de cidadão.

Assim, conclui a referida ADI:¹²²

“[...] de acordo com a Constituição, o sigilo não se presume, justifica-se. E só se admite em casos excepcionais já fixados na própria constituição. Portanto, não parece válida, nem republicana qualquer disposição que venha em sentido oposto.”

¹²² MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

Entretanto, por outro lado, sabe-se que a consagração da ampla publicidade da atuação estatal (inclusive no âmbito das licitações) não significa que todo e qualquer ato praticado pela Administração tenha de ser previamente objeto de ampla publicidade. A esse respeito, André Guskow Cardoso argumenta que, sendo a publicidade efetivada em momento posterior, “é suficiente para se atender à imposição de publicidade de atos estatais, considerando-se os valores protegidos”¹²³.

Ainda na linha de defesa do orçamento sigiloso, parte da doutrina e até do TCU, entende que sua adoção favorece outra norma principiológica atinente ao instituto das licitações públicas: a da proposta mais vantajosa (art. 3º da Lei nº 8.666/1993). Assim, estaríamos diante da possibilidade da mitigação do princípio da publicidade em face de um interesse maior do Estado. Trata-se da harmonização e aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual há uma ponderação entre as vantagens e desvantagens da mitigação de um princípio (o da publicidade) e relação a outro (proposta mais vantajosa).¹²⁴

Nesse sentido, são oportunos os comentários de por Luiz Alberto Blanchet acerca da vantagem, para a Administração, em não publicar o orçamento estimado, tendo em vista o aumento da competitividade entre os licitantes que culminaria com a obtenção de propostas mais vantajosas¹²⁵:

“[...] a publicidade do orçamento não é imprescindível para que os interessados possam elaborar suas propostas, pois se fosse, a Lei nº 8.666/93 não teria abolido o tipo de licitação “preço base”. A publicação dos orçamentos distorce os preços a serem propostos porque o proponente deixará de calcular os seus próprios custos para se basear no orçamento da Administração (é mais cômodo e ele sabe que os demais também o farão!).

¹²³ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 58, p. 4. dezembro de 2011, disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf> . Acesso em: 01 set. 2012.

¹²⁴ Carvalho Filho explica a aplicação do princípio da proporcionalidade de acordo com a doutrina alemã: “Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de triplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.” CARVALHO FILHO, José dos Santos apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Ponderações sobre a necessidade de a administração pública divulgar, nos editais licitatórios, orçamento estimado do objeto que se pretende contratar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11689>>. Acesso em: 1 set. 2012.

¹²⁵ BLANCHET, Luiz Alberto apud GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Ponderações sobre a necessidade de a administração pública divulgar, nos editais licitatórios, orçamento estimado do objeto que se pretende contratar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11689>>. Acesso em: 2 set. 2012.

A prática tem demonstrado que quando não se dá publicidade ao orçamento, a variação dos preços é maior, tornando maior a competitividade e a vantagem para o interesse público.”

André Guskow Cardoso traça interessante paralelo do tema com a conhecida teoria dos jogos¹²⁶ e reforça o entendimento anterior¹²⁷:

“Em outras palavras, há demonstrações objetivas no âmbito da ciência econômica de que, em regra, a não divulgação do orçamento estimado pela Administração para determinada contratação tem como efeito o incentivo a comportamentos competitivos pelos licitantes, conduzindo potencialmente à obtenção de propostas mais vantajosas, derivadas da ampliação da disputa. Trata-se de influenciar o comportamento dos licitantes, por meio da supressão de determinada informação no início da fase de disputa, de modo a obter propostas mais reduzidas.”

O TCU possui entendimento não pacificado nesta linha, como o que ocorreu na Decisão 97/1997 em face à proposta de impugnação apresentada por um licitante em virtude da falta de publicação do orçamento estimado¹²⁸:

“Além do mais, os preços contratados situaram-se em cerca de 59% (cinquenta e nove por cento) inferiores aos valores orçados, tipificando, pois, uma situação vantajosa para o Erário. Aliás, esse é um dos objetivos da licitação, consoante o disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94. [...] O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: [...] 2. no mérito, considerá-la [a representação] improcedente, uma vez que não restou caracterizado o descumprimento da Lei nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94 [...].”

Também se mostra oportuno a transcrição da ementa do Acórdão 114/2007 – Plenário, que ressalta a avaliação da oportunidade e da conveniência do gestor incluir o orçamento estimado no edital¹²⁹:

¹²⁶ No âmbito da teoria dos jogos, um dos fatores mais relevantes consiste justamente na informação e nas diferentes formas de divulgação entre os sujeitos. De acordo com DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER e RANDAL C. PICKER, “*o principal desafio daqueles que pretendem saber como as regras legais afetam o comportamento consiste em entender como estabelecer regras legais em um mundo em que a informação é incompleta*” (Game Theory and the Law. Cambridge: Havard University Press, 1994, p. 270.)

¹²⁷ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 58, p.6. dezembro de 2011, disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf> . Acesso em: 01 set. 2012.

¹²⁸ GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Ponderações sobre a necessidade de a administração pública divulgar, nos editais licitatórios, orçamento estimado do objeto que se pretende contratar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11689>>. Acesso em: 2 set. 2012.

¹²⁹ Ibidem.

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo.”

A respeito do polêmico tema, André Guskow Cardoso conclui:¹³⁰

“Diante do exposto, o diferimento da publicidade do orçamento estimado estabelecido pelo art. 6º, da Lei nº 12.462 é válido e compatível com a Constituição. Deve-se, contudo, adotar a máxima cautela com o risco da desnaturação do sigilo. A despeito de tal risco não conduzir à invalidade da disciplina dada a publicidade do orçamento estimado pela Lei nº. 12.462, é necessário rigor absoluto na prevenção de sua ocorrência, bem como na apuração de situações que possa conduzir a esse resultado e na punição dos responsáveis.”

Diante da controvérsia doutrinária e até jurisprudencial apresentada, concordamos com a bem fundamentada possibilidade da mitigação do princípio da publicidade prévia do orçamento estimado em face da grande possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas pela Administração.

3.2.3.3 Orçamento sigiloso: conveniência x eficácia

Conforme noticiado pela imprensa, o Poder Executivo sustenta a adoção do sigilo argumentando “evitar a prática de elevação dos preços e de formação de cartel”¹³¹.

Evidentemente, o sigilo do orçamento dificultaria ou mesmo impossibilitaria a prática de cartéis que costumam “dividir” entre eles o mercado de obras a serem licitadas, pré-definido o vencedor de cada certame que acabará contratando com a Administração porque, no momento da licitação, os demais apresentarão propositadamente propostas com

¹³⁰ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 58, p. 9. dezembro de 2011, disponível em: < http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf > . Acesso em: 01 set. 2012.

¹³¹ ALVARENGA, Darlan, *Sigilo de orçamento de obra para Copa foi mal interpretado, diz Dilma*. São Paulo, 2011; Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html> > Acesso em: 30 jun. 2012.

valores altos. Então, por não saber o valor máximo que será admitido pela Administração, o licitante (mesmo que tenha combinado preços) seria “forçado” a reduzir o valor de sua proposta, sob pena de desclassificação, o que resultaria em maiores descontos para o Poder Público.¹³²

Entretanto, há um interessante contraponto a essa ideia, apontado por Renato Rezende, capaz de “torná-la ineficaz quando: a) houver corrupção dos servidores públicos que tiverem acesso às informações sigilosas; b) os competidores se recusarem a baixar os preços de suas propostas”.¹³³

No segundo caso, de acordo com o autor, seria necessário realizar novas licitações até o momento em que algum dos licitantes proponha uma quantia inferior a do orçamento, ou, seguindo o previsto no parágrafo único do art. 26 do RDC, caberia à Administração tentar negociação com o licitante que ofereceu a melhor proposta no intuito de reduzi-la até alcançar o valor orçado pela Administração. E, ressalta, caso isto aconteça, “os licitantes descobririam o valor do orçamento da Administração, por um método de tentativa e erro, e o sigilo inicial do orçamento seria de muito pouca valia”.

Entretanto, tal contraponto, parece ser incapaz de elevar a um patamar de vício de constitucionalidade a possibilidade de corrupção de servidores ou a recusa dos licitantes a reduzirem os preços de suas propostas.

3.2.3.4 Direito Comparado: a publicidade do orçamento

O quadro a seguir foi elaborado a partir das explicações de Renato Rezende¹³⁴ e busca sintetizar como o assunto do sigilo ao orçamento estimado é tratado em alguns países. Nele, podemos concluir que o assunto foi devidamente enfrentado pelos legisladores em cada país, mesmo os que fazem parte do bloco União Europeia, adotando diferentes posicionamentos.

¹³² BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 40. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹³³ Ibidem, p. 41.

¹³⁴ Ibidem, p. 43-45.

“Quadro 4: Direito comparado

País ou Bloco	Base Normativa	Conteúdo
União Europeia	Vigora a Directiva nº 2004/18/CE, de 31 de março de 2004	<p>De acordo com o Anexo VII-A dessa Directiva, devem constar do anúncio de pré-informação, entre outros dados: a) quando se tratar de contratos de fornecimento: o valor dos produtos a fornecer; b) quando se tratar de contratos de empreitada de obras públicas: a estimativa da margem da variação do custo das obras previstas, se estiver disponível; c) quando se tratar de contratos de serviços: o montante total previsto das aquisições para cada uma das categorias de serviços. Além disso, conforme o mesmo Anexo VII-A, deve constar do anúncio dos concursos públicos, limitados, diálogos concorrenciais e procedimentos de negociação, quando se tratar de contratos do tipo acordo-quadro: o valor total estimado das obras, serviços e produtos para todo o período de duração do contrato, assim como, na medida do possível, o valor e frequência dos contratos a adjudicar.</p> <p>Em consonância com a já citada Directiva nº 2004/18/CE, o Regulamento (CE) nº 1.564/2005, de 7 de setembro de 2005, que estabelece os modelos de formulários-tipo utilizados nos anúncios dos processos de adjudicação de contratos públicos, prevê, em seu Anexo I, que deve constar do anúncio de pré-informação para a contratação de obras, fornecimentos ou serviços o seu valor estimado, se conhecido. O Anexo II do mesmo Regulamento prevê que se informe, igualmente, no anúncio do concurso para a contratação de obras, fornecimentos ou serviços, o seu valor estimado, se conhecido.</p>
Portugal	Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de janeiro de 2008,	Prevê a divulgação dos preços estimados das contratações no anúncio de pré-informação.
Espanha	Anexo II do Decreto Real nº 817/2009, de 8 de maio de 2009	Deve constar dos editais de licitação o valor estimado da contratação.
França	Código de Contratos Públicos (Code des Marchés Publics)	Em seus arts. 40, V, e 150, V, dispõe que o ente ou órgão contratante não é obrigado a divulgar, no edital de licitação para a contratação de obras, serviços ou fornecimentos, o preço estimado das prestações esperadas. Em resposta a questão escrita formulada pelo Senado Francês, o Ministro da Economia reiterou, em 2007, que a divulgação do preço estimado dos contratos no edital de licitação, nos termos do referido Código, não constitui uma obrigação.

Estados Unidos	<p>FAR - <i>Federal Acquisition Regulation</i>.</p> <p>Norma que regula os procedimentos de contratação no âmbito do Governo Federal</p>	<p>Em sua Seção 36.203 (d), que o acesso às informações referentes ao orçamento elaborado pela Administração, no tocante aos contratos de obras a serem celebrados, deve-se limitar aos funcionários cujos deveres requerem tal conhecimento, permitido o levantamento do sigilo em relação a serviços especializados, durante as negociações do contrato, na medida considerada necessária para se chegar a um preço justo e razoável. Em todo caso, a norma veda a divulgação do montante global do orçamento governamental, exceto se permitido pela legislação do órgão. A Seção 36.213-2 da FAR, ao cuidar dos avisos de licitação para contratar obras, determina que eles contenham detalhes suficientes sobre a natureza e o volume da obra, incluindo a faixa estimada de preço. As faixas de preço estão fixadas na Seção 36.204 da FAR, a qual dispõe que, em hipótese alguma, os dados sobre a magnitude da obra, inclusive a faixa de preço indicada, podem revelar o valor do orçamento prévio da Administração.</p>
----------------	--	--

Fonte: Senado Federal (2011)”

3.2.4 A contratação integrada

O art. 9º do RDC disciplina a chamada contratação integrada, um novo “regime de execução de obras e serviços de engenharia”, segundo Renato Rezende¹³⁵, que apesar de “novo”, encontra pertinência temática com o disposto no regulamento de processo licitatório simplificado da Petrobrás, disposto no Decreto nº 2.745, de 24/08/1998, segundo o qual:

“1.9. Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRAS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.”

Nos termos do art. 9º do RDC, este regime, cuja utilização dependerá de prévia justificativa técnica e econômica, é conceituado em seu §1º: ¹³⁶

“§1º Compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.”

¹³⁵ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 45. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹³⁶ BRASIL. *Lei Nº 12.462, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011

O art. 9º além de enfrentar o problema de inconstitucionalidade formal já analisado, por contrariar as normas da Lei 8.666/93, mais precisamente o art. 7º, §2º I e II e art. 40, §2º, I e II que preveem a pré-existência do projeto básico elaborado pelo Poder Público, disponível para exame, por meio de anexo no edital, dos interessados no certame licitatório, poderia ofender materialmente os princípios da moralidade administrativa¹³⁷, isonomia e julgamento objetivo, além de poder conduzir a situações lesivas ao interesse público¹³⁸.

Tal situação lesiva ao interesse público é entendida quando verifica-se que mesmo a produção do projeto básico das obras é, segundo a lei, atribuição do licitante vencedor e, assim, A administração pode se deparar com uma situação em que se inicie um certame “sem dispor de balizamento mínimo daquilo que deseja ver executado”. A ausência de parâmetros comparativos, possibilitados pelo projeto básico elaborado pelo Poder Público, concorre com a necessidade de aferição do grau de adequação das propostas às necessidades existentes e, mais uma vez, vem à tona o subjetivismo no julgamento.¹³⁹

Esse grande poder dado ao contratado para definir o que e como será executado vai de encontro à existência de um delineamento prévio e preciso do objeto licitado. Tal delineamento é necessário para que a Administração possa fixar as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Do contrario, as exigências podem ficar subavaliadas ou serem impertinentes e exageradas, tudo em contrariedade aos postulados que regem a licitação pública, comprometendo, ao final, a sua razão de ser, que é a eleição da melhor proposta para a administração.¹⁴⁰

Também é certo que a lei que regulamenta o processo licitatório deve, em obediência aos princípios constitucionais da licitação, dispor de regras que garantam a

¹³⁷ MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

¹³⁸ BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b, p. 46. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

¹³⁹ Ibidem.

¹³⁹ SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. *ADI 4655 - Lei 12462*. Set. 2011. p. 7. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

igualdade e a moralidade, princípios estes que se manifestam, dentre outros, por meio da objetividade do julgamento da licitação.

Desta forma, a objetividade do julgamento é observada a partir do texto da lei no que se refere à pré-definição do tipo de licitação e dos fatores existentes no ato convocatório. Também, que sua caracterização depende da existência de elementos que permitam a aferição desses fatores pelos licitantes e pelos órgãos de controle. Evidente que essas regras perseguem a moralidade, a igualdade e a transparência desse ato administrativo.¹⁴¹

A União considera os argumentos de que o artigo 9º inobserva os princípios da isonomia e da moralidade administrativa como puramente retóricos e sem demonstrações cabais do alegado.¹⁴² Aduz que a grande diferença da Lei do RDC em relação ao modelo tradicional é a possibilidade da previsão de especificações não exaustivas, com o objetivo de viabilizar a apresentação pelos licitantes de soluções de arquitetura e de engenharia inovadoras e mais baratas, baseadas no know-how oriundo da iniciativa privada, que teria liberdade de construção.

Na Contratação Integrada, é o próprio vencedor da licitação que deve elaborar os projetos básico e executivo, a partir de um anteprojeto de engenharia fornecido pela Administração Pública, bem como deverá realizar a obra. Defende a União que, além da incorporação de soluções e métodos inovadores e mais eficientes pelo contratante, este assume a responsabilidade pelos projetos básico e executivo e, assim, assume também os riscos associados à execução da obra ou serviço.¹⁴³

Desta forma, o contratante não poderia alegar qualquer falha nos projetos ou qualquer problema de execução para modificar o contrato justificando-se aí a vedação a qualquer aditivo ao contrato na contratação integrada, com exceção daqueles que sejam fruto de caso fortuito, força maior ou de expressa determinação do próprio poder público.

¹⁴¹ MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. p. 6. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

¹⁴² BRASIL. ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

¹⁴³ Ibidem.

Considerando que os sucessivos aditivos são importantes responsáveis por grande parte do aumento dos custos das obras públicas, esta regra viria ao encontro do interesse público.¹⁴⁴

Considerando que a contratação integrada já é adotada em nosso ordenamento e, também, encontra similitude nas legislações de contratações dos Estados Unidos e da União Europeia¹⁴⁵, e, ainda, não obsta (e nem poderia) a atuação de órgãos de controle que poderiam verificar as etapas de execução das obras bem como o resultado final e qualidade da obra e dos serviços prestados, é possível entender que o regime da contratação integrada não carrega em si o condão de tornar o RDC inconstitucional.

¹⁴⁴ BRASIL. Advocacia Geral da União. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.

¹⁴⁵ O modelo da contratação integrada encontra-se regulado no item b, do artigo 1, da Directiva 2004/18 do Parlamento Europeu e no regime de contratação dos Estados Unidos, há permissão do "*design-build selection procedure*" (processo de seleção para projetar e construir) na Seção 36.3 (*Subpart 36.3-Two-Phase Design-Build Selection Procedures*).

CONCLUSÃO

Diante da escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 e, considerando as conhecidas deficiências do país no que tange à infraestrutura essencial e necessária para a realização de tais eventos, bem como a já tradicional morosidade e ineficiência das contratações pública, o Poder Executivo Federal mobilizou sua base parlamentar no claro intuito de ver aprovado um novo regime de licitações e contratos.

Verifica-se que, mais uma vez, o arcabouço legal do regime de contratações e licitações instituído pela Lei nº 8.666/1993 não se mostra adequado e o Poder Legislativo, incapaz de readequá-lo. Para superar este quadro, o Poder Executivo, utilizando-se do controverso e permitido mecanismo de legislar, qual seja, a Medida Provisória, se valeu de sua base parlamentar para inserir no bojo da MP 527/2011, que originalmente cuidava da reorganização administrativa do Executivo, todo um novo regime de contratações.

O RDC trouxe mudanças qualitativas e, dentre as principais, destacam-se as previsões acerca da contratação integrada, da remuneração variável, do orçamento estimado sigiloso e, também, o seu caráter provisório, opcional e específico, pois se destina apenas às contratações com vistas aos eventos esportivos mencionados na Lei nº 12.462/2011 que abrangem especialmente as obras, mas também com previsão sobre serviços. Sua aplicação, de acordo com o próprio texto legal, afasta a Lei nº 8.666/93, salvo quanto às hipóteses que estão expressamente dispostas.

Entretanto, a opção por essa via mais célere e cômoda de instituir normas sobre licitações é problemática na medida em que gera tantas discussões acerca de sua constitucionalidade, relevância, urgência ou mesmo sobre a oportunidade e conveniência. Assim, em resumo, podemos concluir:

1. Sobre a discussão da contrariedade às normas gerais de licitação, defende a União que o RDC regula, em verdade, mais normas gerais de licitação e, desta forma, não seriam normas específicas contrárias àquelas normas gerais previstas na Lei nº 8.666/93. Caso o Supremo, em

sede de julgamento das ADIs entenda se tratar de normas específicas, deverá considerar o RDC inconstitucional por esse aspecto.

2. Sobre o rito do processo legislativo da MP, de fato houve a inserção de matéria estranha ao texto original, entretanto, para este fato, não há vedação constitucional e, sim, apenas vedação regimental a qual o Supremo entende não ser objeto de sua apreciação. E, sobre a existência dos aspectos de relevância e urgência na MP 527 (texto original), por mais que sua análise prescindia de juízo político e subjetivo, à cargo do Poder Executivo, não há como discordar de que o texto original da MP, que cuida da reestruturação administrativa do Executivo, não possui tais requisitos e que, uma vez reconhecida a competência do Supremo para avaliar tais requisitos, haverá de ser declarada a inconstitucionalidade por este aspecto.
3. Quanto às críticas sobre o excesso de liberdade dado pelo RDC ao Poder Executivo na escolha do regime jurídico a ser aplicável nas licitações, afrontando, assim, os artigos 22, XXVII e 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, é de se reconhecer que a lei submete à discricção do Poder Executivo, em uma medida que compromete sua própria constitucionalidade, a escolha da aplicação de um regime licitatório, bem mais flexível a propósito. Deveria o legislador estabelecer no texto legal, de forma mais taxativa e objetiva, os critérios e situações em que será justificada a adoção pelo RDC.
4. A necessidade do estabelecimento de regras objetivas e definidas em lei também afeta a instituição da remuneração variável nas contratações públicas.
5. Quanto ao sigilo do orçamento estimado e a contratação integrada, são dois institutos adotados em outros países e até na própria legislação pátria, como é o caso da contratação integrada nas licitações da Petrobrás, e que não representam por si só nenhuma afronta

constitucional. Inclusive, se corretamente utilizados, podem contribuir com a obtenção de propostas mais vantajosas pela Administração.

Dado o quadro atual do regime de licitações do país, sugere-se atuação do Poder Legislativo no sentido da unificação das normas em uma lei capaz de atualizar a Lei 8.666/93 com as demais inovações trazidas pelas outras leis como a Lei 10.520/2002 e a própria Lei 12.462/2011.

Importa destacar, também, que não é com mudanças na lei que se consegue a necessária conscientização de seus aplicadores quanto à responsabilidade e ao cuidado no seu cumprimento. Este processo necessita da mudança de postura dos gestores da Administração Pública, que devem pautar suas condutas pela ética e parcialidade (pró-interesse público), e da atuação incisiva, imparcial e pró-ativa dos Órgãos de Controle.

REFERÊNCIAS

- ALVARENGA, Darlan, *Sigilo de orçamento de obra para Copa foi mal interpretado, diz Dilma*. São Paulo, 2011; Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/sigilo-de-orcamento-de-obra-para-copa-foi-mal-interpretado-diz-dilma.html>> Acesso em: 30 jun. 2012.
- AQUINO FERNANDES, André Bittencourt. *Licitação: Inovações legislativas para a copa do mundo de futebol de 2014*. 2011. 46f. Monografia (Graduação). Centro Universitário de Brasília, BRASÍLIA, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio apud MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, 12. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.
- BRAGA, Isabel. Câmara aprova Regime Diferenciado para obras do PAC. *O Globo*. São Paulo, 12 jun. 2012. Economia. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/economia/camara-aprova-regime-diferenciado-para-obras-do-pac-5185984>>. Acesso em: 18 jun. 2012.
- BRASIL. Advocacia Geral da União. *Informações Nº 113/2011/GM/CGU/AGU*. Processo Nº 00400.014535/2011-16. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.645. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4131802>> Acesso em: 16 de set. de 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil*. Vade Mecum. 6 ed. Saraiva: São Paulo, 2011.
- BRASIL. *Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010: critérios para compras sustentáveis na Administração Pública Federal (MPOG)*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/03/Instru%C3%A7%C3%A3o-Normativa-01-10.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.
- BRASIL. *Lei de Licitações 8.666 (1993)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- BRASIL. *Lei Nº 12.463, de 04 de agosto de 2011*. Institui o Regime Diferenciado de Contratações, Brasília DF, 2011. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 mai. 2011.
- BRASIL. Medida provisória nº 559, de 2 de março de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - ELETROBRAS a adquirir participação na Celg Distribuição S.A. - CELG D e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 5 mar. 2012. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=535959>> Acesso em: 18 jun. 2012.
- BRASIL. Senado Federal. *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei, n. 12.462, de 2011*. Brasília, 2011b. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf> Acesso em: 7 jun. 2012.

CAMPOS, Rodrigo. *Regime Diferenciado para Corrupção*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.licitaecontrata.com/2011/06/rdc-regime-diferenciado-para-corrupcao.html>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 58, dezembro de 2011, disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

COSTA, Athayde Ribeiro et al. *Nota ao projeto de lei de conversão da MP 521/2010 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas)*. Grupo de Trabalho Copa do Mundo FIFA 2014 da 5ª Coordenação e Revisão do MPF. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_patrimonio-publico-e-social/portal_factory/copy_of_pdfs/NT%20GT%20COPA.pdf> Acesso em: 27 ago. 2012.

COSTA, Suzane Sousa. *O princípio da moralidade administrativa*. 2007. 53 f. Monografia (Graduação). Centro Universitário de Brasília, BRASÍLIA, 2007.

CREDENDIO, José Ernesto. Novo regime reduz prazo sem obter desconto maior. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 mai. 2012. Folha Poder, p. A4.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed.: Saraiva. São Paulo: 2006.

FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a Agenda Perdida das Compras Públicas. Brasília (DF): *RADAR/IPEA*; 2012. N. 19. Abril de 2012. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/radar/120522_radar_19.pdf>. Acesso em 10 jun. 2012.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, p. 4, nov/dez - 2006 / jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-WLADIMIR%20ROCHA.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2012.

GONÇALVES, Leonardo de Oliveira. Ponderações sobre a necessidade de a administração pública divulgar, nos editais licitatórios, orçamento estimado do objeto que se pretende contratar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1896, 9 set.2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11689>>. Acesso em: 2 set. 2012.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11 ed., atualizada por Veralice Celidonio Lopes Meirelles, São Paulo, Malheiros, 1999.

MOURA, Rodolfo Machado et al. *ADI 4645 - Lei 12462*. Ago. 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *O Regime Diferenciado de Contratações estabelecido pela Lei 12.462: as principais inovações*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 54. Agosto de 2011. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/ie54/IE54-Cesar.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime Diferenciado de Contratações - RDC. *L&C Revista de Administração Pública e Política*. Brasília, n. 159, Set. 2011.

SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. *ADI 4655 - Lei 12462*. Set. 2011. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/923_Adin%204645%20-%20Lei%2012462.pdf> Acesso em: 28 de ago. de 2012.